Die Spaltung von Aktiengesellschaften aus handelsrechtlicher Sicht

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor rerum politicarum
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

ARNOLD PETER HUBER
von Oppligen

1978

Juris Druck +Verlag Zürich
1979

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548111_0005

Die Spaltung von Aktiengesellschaften aus handelsrechtlicher Sicht

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor rerum politicarum
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

ARNOLD PETER HUBER
von Oppligen

Juris Druck +Verlag Zürich
1979

Die Fakultät hat diese Arbeit am 9. November 1978 auf Antrag von Prof. Dr. Ch. von Greyerz als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Das nach Einreichung meiner Dissertation erschienene Buch von B. M. Hammer über "Die Teilung der AG unter Berücksichtigung der steuerlichen Folgen" konnte leider nicht mehr berücksichtigung werden.

ISBN 3 260 04562 7

Meinen lieben Eltern

Herrn Prof. Dr. Ch. von Greyerz möchte ich an dieser Stelle meinen herzlichen Dank aussprechen für die Anregung zur vorliegenden Dissertation und die stete Hilfsbereitschaft bei deren Erarbeitung.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis		VI
Literaturverzeichnis		VII
A.	Einleitung	1
B.	Die Spaltung von Aktiengesellschaften aus betriebswirtschaftlicher Sicht	3
1.	Voraussetzungen einer Spaltung von Aktiengesellschaften	3
1.1.	Allgemeine organisatorische Probleme	4
1.1.1.	Die Abteilungsgliederung	4
1.1.2.	Die Abteilungsaufspaltung	5
1.2.	Horizontale und vertikale Spaltung von Unternehmungen	7
2.	Ziele einer Spaltung von Aktiengesellschaften	9
2.1.	Finanzielle Ziele	10
2.1.1.	Steuereinsparungen	10
2.1.2.	Risiko- und Haftungsbeschränkung	11
2.2.	Andere Ziele	12
2.2.1.	Optimale Unternehmungsgrösse	12
2.2.2.	Organisatorische Verbesserungen	13
2.2.3.	Vorbereitung von Strukturänderungen	13
2.2.4.	Verhindern von Eingriffen auf Grund der staatlichen Wettbewerbspolitik	14

C. Die Spaltung von Aktiengesellschaften aus handelsrechtlicher Sicht 15

3. Rechtlich geregelte Teilgebiete einer Spaltung von Aktiengesellschaften 15

3.1. Gründung der Aktiengesellschaft 16
3.1.1. Simultan- und Sukzessivgründung 17
3.1.2. Qualifizierte Gründung 20
3.1.2.1. Arten der qualifizierten Gründung 20
3.1.2.2. Besondere Vorschriften bei der qualifizierten Gründung 22
3.1.2.3. Gegenstand und Bewertung der Sacheinlage 23
3.1.3. Einmann- und Strohmanngesellschaft 26

3.2. Auflösung der Aktiengesellschaft 28
3.2.1. Auflösung mit Liquidation 29
3.2.2. Auflösung ohne Liquidation 32
3.2.3. Recht des Aktionärs auf Anteil am Liquidationsergebnis 33

3.3. Kapitalherabsetzung 34
3.3.1. Durchführung der Kapitalherabsetzung 35
3.3.1.1. Normalfall 35
3.3.1.2. Fall der Unterbilanz 37
3.3.2. Formen der Kapitalherabsetzung 38
3.3.2.1. Verminderung des Nennwertes 38
3.3.2.2. Verminderung der Anzahl der Aktien 39

3.4. Kapitalerhöhung 40
3.4.1. Kapitalerhöhung durch Ausgabe neuer Aktien 41
3.4.2. Kapitalerhöhung durch Heraufsetzung des Nennwertes der bestehenden Aktien 44
3.4.3. Bezugsrecht des Aktionärs 45

3.5. Uebernahme eines Geschäftes 46
3.5.1. Die Geschäftsübernahme nach Art 181 OR 46
3.5.2. Die Uebertragung von Aktiven 47
3.5.3. Die Uebertragung von Verträgen 49

4. Die Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Tochtergesellschaft 50

4.1. Durchführung 53
4.1.1. Vorbereitung 53
4.1.2. Aufspaltungsbeschluss 55
4.1.3. Gründung der Tochtergesellschaft 56

4.2. Juristische Einzelfragen 57
4.2.1. Zuständigkeit für den Aufspaltungsbeschluss 58
4.2.1.1. Omnipotenz- und Paritätstheorie 58
4.2.1.2. Anwendung der Art 648 und 649 OR 60
4.2.1.3. Zuständigkeit und Verantwortlichkeit für den Aufspaltungsbeschluss 62

4.2.2. Haftung der Mutter- für die Tochtergesellschaft 64
4.2.2.1. Vertretung juristischer Personen im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft 64
4.2.2.2. Haftung der Muttergesellschaft für ihre Vertreter in der Verwaltung der Tochtergesellschaft 65
4.2.2.3. Haftung der Muttergesellschaft in ihrer Funktion als beherrschende Gesellschaft 68

4.2.3. Wechselseitige Beteiligungen 70
4.2.3.1. Rechtliche Beurteilung des Erwerbs von Aktien der Mutter- durch die Tochtergesellschaft 71
4.2.3.2. Vertretung der Aktien wechselseitig beteiligter Gesellschaften an den Generalversammlungen 73
4.2.4. Recht der Aktionäre der Muttergesellschaft auf Auskunfterteilung über die Tochtergesellschaft 75
4.2.4.1. Recht auf Auskunfterteilung (Art 697 OR) 76
4.2.4.2. Recht auf Auskunfterteilung im Mutter - Tochter - Verhältnis 81

5. Die Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Schwestergesellschaft 85

5.1. Durchführung 87
5.1.1. Indirektes Verfahren 88
5.1.1.1. Ohne Kapitalherabsetzung 93
5.1.1.2. Mit Kapitalherabsetzung 94
5.1.2. Direktes Verfahren 95
5.2. Juristische Einzelfragen 98
5.2.1. Statutarische Abhängigkeit 99
5.2.1.1. Das statutarische Recht auf Bestellung und Abberufung von Organen 100
5.2.1.2. Das statutarische Recht auf unmittelbaren Einfluss auf die Geschäftsführung 101
5.2.1.3. Das statutarische Recht eines Dritten auf Verfügung über den Reingewinn 103
5.2.1.4. Statutarische Zweckbestimmung zugunsten einer andern Gesellschaft 104

5.2.2. Vertragliche Abhängigkeit 106
5.2.2.1. Vertragsfreiheit der Aktiengesellschaft 106
5.2.2.2. Vertragsfreiheit und Vertretungsmacht 108
5.2.2.3. Formen von Unternehmensverträgen 109

6. Die Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine bestehende Aktiengesellschaft 113

6.1. Durchführung 115
6.1.1. Bei der aufzuspaltenden Aktiengesellschaft 116
6.1.2. Bei der übernehmenden Aktiengesellschaft 117

D. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung 118

Abkürzungsverzeichnis

Abs	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art	Artikel
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht, Bern 1932 ff
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung, Lausanne 1875 ff
bzw.	beziehungsweise
DAktG	Deutsches Aktiengesetz vom 6. 9. 1965
Diss	Dissertation
etc.	et cetera
f, ff	folgende
GV	Generalversammlung
HRegV	Verordnung über das Handelsregister
N	(Rand) Note
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. 3. 1911 / 18. 12. 1936
S.	Seite
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich 1928 ff
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. 4. 1889
SJZ	Schweizerische Juristen - Zeitung, Zürich 1904 ff
vgl.	vergleiche
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern 1865 ff
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, neue Folge, Basel 1882 ff

Literaturverzeichnis

Zitiert werden grundsätzlich nur Geschlechtsname des Autors und Seitenzahl, bei Kommentaren Geschlechtsname des Autors und Gesetzesartikel mit entsprechender Randnote. Bei mehreren Werken desselben Autors wird - soweit notwendig - zur Unterscheidung eine besondere Zitierweise angegeben.

Amberg, W.: Die Bewertung und Abfindung von Apports bei der Gründung einer Aktiengesellschaft, Diss Fribourg 1963

Amrein, F.: Die Uebernahme einer Aktiengesellschaft gemäss Art 748 OR und der Beteiligungserwerb mit Aktienumtausch, SAG 35, S. 345 ff

Aschwanden, G.: Bargründung - Sachübernahme, SJZ 56, S. 101 ff

Baumann, J. A.: Gegenstand und Bewertung von Sacheinlagen und Sachübernahmen, Diss Zürich 1972

Brachvogel, G.: Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im Konzern, Diss München 1967

Brandmüller, G.: Die Betriebsaufspaltung nach Handels- und Steuerrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1975

Buchli, G.: Die Uebernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes nach Art 181 OR, Diss Zürich 1953

Budliger, H.: Das Recht des Aktionärs auf Anteil am Liquidationsergebnis, Diss Zürich 1954

Bühler, A.: Die Vermögens-, Geschäfts- und Unternehmungsübernahme nach schweizerischem Recht, Diss Zürich 1947

Bürgi, W. F.: Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Band V, Teil 5 b, 1. - 3. Halbband (Art 660 - 751 OR), Zürich 1957 - 1972

Caflisch, S.: Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss Zürich 1960

Dahlheimer, K.: Betriebsaufspaltung, Herne - Berlin 1963

Düggelin, H.: Die Sonderprüfung als Rechtsbehelf des Aktionärs zur Kontrolle der Verwaltung einer AG, Diss Bern 1976

Ellenberger, G. und andere: Handbuch des Konzernmanagement, München 1972

Forstmoser, P.: Die Genossenschaft (Art 828 - 926 OR), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Das Obligationenrecht, Band VII, 4. Abt., Bern 1972

Forstmoser, P. / Meier - Hayoz, A.: Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1976

Früh, P.: Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, Diss Zürich 1944

Furler, M.: Die Sachübernahme im Aktienrecht, SJZ 45, S. 133 ff

Gauch, P.: Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht, Zürich 1974

Gautschi, G.: Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, SJZ 45, S. 301 ff

Gautschi, G. / Käfer, K.: Bericht und Vorschläge zu einer Revision des schweizerischen Aktienrechts von 1936, Zürich 1966

Geilinger, U.: Die erschwerten Beschlüsse der Generalversammlung der Aktionäre, Diss Zürich 1948

Gerhard, W.: Die Aenderung von Zweck und Gegenstand im schweizerischen sowie deutschen und französichen Aktienrecht, Diss Zürich 1957

Des Gouttes, R.: Cession et fusion des patrimoines et des fonds de commerce en droit suisse et en droit comparé, Diss Genf 1938

v. Graffenried, A.: Ueber die Notwendigkeit einer Konzerngesetzgebung, Diss Bern 1974

v. Greyerz, C.: Kommentar zu BGE 100 II 384 ff, SAG 48, S. 163 ff

Guhl, T. / Merz, H. / Kummer, M.: Das schweizerische Obligationenrecht, 6. Auflage, Zürich 1972

Gutachten über steuerrechtliche Fragen beim Zusammenschluss von Unternehmungen, herausgegeben von der Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften, Zürich 1970

Gygax, E.: Steuerprobleme bei der Umgestaltung von Geschäftsbetrieben, Glattbrugg 1974

Hettlage, M.: Die Begründung von wechselseitigen Beteiligungen auf dem Wege der gegenseitigen Aktienübernahme nach OR, SAG 39, S. 33 ff

Hindermann, W. E. / Gygax, E.: Leitfaden für Geschäftsübertragungen, Zürich 1953

Höhener, M. A.: Der Konzern im englischen Recht, Diss Bern 1976

Homburger, E.: Zum "Durchgriff" im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 67, S. 249 ff

Irminger, E.: Die fusionsähnliche Vermögensübertragung bei Aktiengesellschaften, Diss Zürich 1952

Jäggi, P.: Ein Gerichtsurteil über den "abhängigen" (fiduziarischen) Verwaltungsrat, SJZ 56, S. 1 ff

Känzig, E.: Die Sacheinlage nach Aktien- und Steuerrecht, SAG 38, S. 161 ff (zit.: Känzig, Sacheinlage)

Känzig, E.: Die Sonderbilanzen der Unternehmung und die Gewinnsteuer, Skriptum zur Vorlesung, Bern 1971 (zit.: Känzig, Sonderbilanzen)

Känzig, E.: Unternehmungskonzentration, Bern 1971 (zit.: Känzig, Unternehmungskonzentration)

Känzig, E.: Steuerrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Unternehmungsteilung, ASA 46, S. 545 ff (zit.: Känzig, Unternehmungsteilung)

Klingler, L.: Die Unternehmenspacht, Diss Zürich 1943

Kohlhage, H.: Die horizontale und vertikale Betriebsspaltung und ihre steuerlichen Auswirkungen unter Berücksichtigung rechtlicher und betriebswirtschaftlicher Probleme, Diss München 1963

Kummer, M.: Die Rechtssprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1970, ZBJV 108, S. 129 ff

Küry, A.: Die Universalsukzession bei der Fusion von Aktiengesellschaften, Diss Basel 1962

Masshardt, H.: Kommentar zur eidgenössischen Wehrsteuer 1971 - 1982, Zürich 1972 (zit.: Masshardt, Wehrsteuer)

Masshardt, H.: Fusion, transformation et scission d'entreprises, A 32, S. 177 ff (zit.: Masshardt, Fusion)

Maurer, H.: Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person bei Konzern und Kartell, Diss Zürich 1953

Meier - Hayoz, A.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Eigentum, 1. Abschnitt: systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, 4. Auflage, Bern 1966

Mohr, J. P.: Die Abgrenzung der Befugnisse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss Zürich 1951

Mosimann, B.: Die Herabsetzung des Grundkapitals bei der Aktiengesellschaft und ihr Einfluss auf die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs, Diss Zürich 1938

Müller, W.: Organisationslehre, Skriptum zur Vorlesung, Bern 1974

Neuhaus, J.: Die schweizerischen Holdinggesellschaften, SAG 27, S. 41 ff

Oesch, F. P.: Der Minderheitenschutz im Konzern nach schweizerischem und amerikanischem Recht, Diss Bern 1971

Ott, E.: Das Bezugsrecht der Aktionäre, Bern 1962

Petitpierre - Sauvain, A.: Droit des sociétés et groupes de sociétés, Genf 1972

Picenoni, V.: Rechtsformen konzernmässiger Abhängigkeit. Ein Beitrag zur Frage des "abhängigen" Verwaltungsrates, SJZ 51, S. 321 ff

Prym, R. J.: Die verdeckte Gewinnausschüttung nach deutschem und schweizerischem Steuerrecht, Diss St. Gallen 1975

Rasch, H.: Deutsches Konzernrecht, Köln 1968

Recordon, P. A: La protection des actionnaires lors des fusions et scissions de sociétés, Diss Genf 1974

Schluep, W. R.: Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss St. Gallen 1955 (zit.: Schluep, Aktionärsrechte)

Schluep, W. R.: Gesellschaftsrecht I und II, Skripten zur Vorlesung, St. Gallen 1970 (zit.: Schluep, Gesellschaftsrecht)

Schluep, W. R.: Privatrechtliche Probleme der Unternehmungskonzentration und -kooperation, ZSR 92 II, S. 155 ff (zit.: Schluep, Unternehmungskonzentration)

Schneider, P.: Die Unternehmungsaufspaltung in betriebswirtschaftlicher, handelsrechtlicher und steuerrechtlicher / steuerwirtschaftlicher Sicht, Diss Bern 1977

Schönle, H.: Die Einmann- und Strohmanngesellschaft, Diss Fribourg 1957

Schucany, E.: Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1960 (zit.: Schucany, Aktienrecht)

Schucany, E.: Die Abgrenzung der Befugnisse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates, SAG 26, S. 108 ff (zit.: Schucany, Befugnisse)

Schucany, G.: Die Vertreter juristischer Personen im Verwaltungsrat, Diss Zürich 1949 (zit.: Schucany, Vertreter)

Siegwart, A.: Die Aktiengesellschaft. Zürcher Kommentar, Band V, Teil 5 a (Art 620 - 659 OR), Zürich 1945

Stehli, M.: Aktionärsschutz bei Fusionen, Diss Zürich 1975

v. Steiger, F.: Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Auflage, Zürich 1970 (zit.: v. Steiger, Aktiengesellschaft)

v. Steiger, F.: Rechtsfragen betr. die Aktiengesellschaft in Liquidation, SAG 22, S. 40 (zit.: v. Steiger, Rechtsfragen)

v. Steiger, F.: Zur Frage der rechtlichen Stellung des "abhängigen" Verwaltungsrates, SAG 27, S. 33 ff und S. 113 ff (zit.: v. Steiger, Verwaltungsrat)

v. Steiger, W.: Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, ZSR 62, S. 195 a ff (zit.: v. Steiger, W., Holdinggesellschaften)

Stockmann, H.: Aktionär und Statutenänderung, SAG 21, S. 121 ff

Stricker, W.: Aktienkapitalerhöhungen und Bezugsrechte, Diss Zürich 1954

Studer, N. C.: Die Quasifusion, Diss Bern 1973

Suter, J.: Die Fusion von Aktiengesellschaften im Privatrecht und im Steuerrecht, Diss Zürich 1965

Tappolet, K.: Schranken konzernmässiger Abhängigkeit im schweizerischen Aktienrecht, Diss Zürich 1973

Thalmann, A.: Die Treuepflicht der Verwaltung der Aktiengesellschaft, Diss Bern 1975

v. Tuhr, A. / Escher, A.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 2, Zürich 1974 (zit.: v. Tuhr / Escher)

v. Tuhr, A. / Peter, H.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 1, Zürich 1974 (zit.: v. Tuhr / Peter)

Vischer, F. / Rapp, F.: Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1968

Vuille, J. M.: Die Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Aktiengesellschaft unter Berücksichtigung der steuerlichen Folgen, Diss Zürich 1966

Weber, H.: Der Anspruch des Aktionärs auf das Bezugsrecht, SAG 35, S. 321 ff

Wehrli, U.: Die Sachübernahmegründung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss Zürich 1940

Wieland, A.: Wie weit geht das Erwerbsverbot eigener Aktien für den Erwerb von Aktien einer Holdinggesellschaft durch eine von dieser kontrollierten Tochtergesellschaft? SAG 20, S. 57 und 77 ff

Willi, G.: Die Anwendung der Regeln über zweiseitige Verträge bei Sacheinlagegründungen im Aktienrecht, Diss Fribourg 1941

Winter, H.: Die wechselseitige Beteiligung von Aktiengesellschaften, Diss Köln 1960

Woernle, G.: Die organähnliche Haftung des machtausübenden Hauptaktionärs gegenüber Gläubigern der abhängigen Gesellschaft, Diss Lausanne 1970

Würdinger, H.: Aktien- und Konzernrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1966

Wyss, H. F.: Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung (Art 697) unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Unternehmungszusammenfassungen, Zürich 1953

Zuschlag, E.: Vorzüge und Gefahren der Betriebsaufspaltung, Diss Mainz 1961

Zweifel, M.: Holdinggesellschaft und Konzern, Diss Zürich 1973

A. Einleitung

Die Spaltung von Aktiengesellschaften ist ein rechtlicher und vor allem auch wirtschaftlicher Tatbestand, dessen Bedeutung oft unterschätzt wird. Dies zum Teil aus dem Grunde, weil er im Gegensatz zum Beispiel zur Fusion (vgl. Art 748 und 749 OR) weniger publizitätswirksamen handelsrechtlichen Vorschriften unterliegt und somit die meisten Spaltungen von Aktiengesellschaften einer weiteren Oeffentlichkeit gar nicht zur Kenntnis gebracht werden.

Die vorliegende Arbeit verfolgt vor allem zwei Ziele, nämlich einerseits die wichtigsten Formen der Spaltung von Aktiengesellschaften aufzuzeigen und anderseits einzelne damit verbundene juristische Einzelfragen detailliert zu behandeln.
Dabei wird im engeren Sinne dieser Dissertation von einer Spaltung von Aktiengesellschaften gesprochen, wenn aus einer Aktiengesellschaft Aktiven und Passiven, die eine organische Einheit bilden, ausgeschieden und in eine neu zu gründende Gesellschaft überführt werden [1]. Der abgespaltene Teil kann somit übernommen werden durch

- eine neu zu gründende Tochtergesellschaft oder
- eine neu zu gründende Schwestergesellschaft.

Die Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine bestehende Aktiengesellschaft (Tochter-, Schwester- oder Drittgesellschaft) wird durch diese Definition an sich ausgeschlossen. Dennoch wird deren Durchführung der Vollständigkeit halber am Schlusse noch kurz besprochen.

---

1) vgl. Känzig, Unternehmungsteilung, S. 546

Der erste Teil der vorliegenden Dissertation befasst sich kurz mit der betriebswirtschaftlichen Betrachtung der Spaltung von Aktiengesellschaften. Insbesondere werden die Zielsetzungen, die mit der Spaltung verbunden sein können, und die Voraussetzungen für deren erfolgreiche Durchführung aufgezeigt. Die Begründung für diesen einleitenden Teil liegt darin, dass der Entscheid über eine allfällige Spaltung in erster Linie wirtschaftlich bedingt ist. Bloss die Grenzen, innerhalb derer die nachfolgende Durchführung erfolgen kann, werden dann vom Zivilrecht, vor allem vom Handelsrecht, gesetzt.
Dieser handelsrechtlichen Betrachtung der Spaltung von Aktiengesellschaften ist der zweite Teil gewidmet. Er ist unterteilt in ein Kapitel über rechtlich geregelte Teilgebiete (Gründung und Auflösung der Aktiengesellschaft, Kapitalherabsetzung und -erhöhung, Uebernahme eines Geschäftes) sowie jeweils ein in sich abgeschlossenes Kapitel für die drei verschiedenen Grundformen der Spaltung von Aktiengesellschaften. Für die zwei der engeren Definition der Spaltung entsprechenden Formen ist das Kapitel weiter untergliedert in einen Abschnitt über die Durchführung und einen Abschnitt über juristische Einzelfragen, die damit - sei es während oder nach der eigentlichen Durchführung der Spaltung - verbunden sein können.

B. Die Spaltung von Aktiengesellschaften aus betriebswirtschaftlicher Sicht

Die Spaltung von Aktiengesellschaften ist immer nur Mittel zum Zwecke, das heisst zur Erreichung eines oder mehrerer betriebswirtschaftlicher Ziele, die in einer ersten Phase meist unabhängig von handelsrechtlichen Gesichtspunkten gesetzt werden.
In diesem ersten kurzen Teil geht es darum, einerseits einen Katalog solcher möglicher Zielsetzungen aufzustellen und anderseits betriebswirtschaftliche (vor allem organisatorische) Voraussetzungen für eine erfolgreiche, das heisst die gesetzten Ziele erreichende, Spaltung von Aktiengesellschaften festzuhalten.

1. Voraussetzungen einer Spaltung von Aktiengesellschaften

Voraussetzungen für eine erfolgreiche Spaltung von Aktiengesellschaften bilden vor allem:

a) die organisatorische Möglichkeit, die bestehende Aktiengesellschaft in zwei oder mehrere Aktiengesellschaften aufzuteilen

b) die eindeutige vertragliche und aktienrechtlich korrekte Regelung der Aufspaltung

c) die Ausstattung der abgespaltenen Aktiengesellschaft mit genügend eigenen Mitteln (finanzielle Selbständigkeit).

Während die Punkte b) und c) eigentlich eine Selbstverständlichkeit darstellen sollten, werden in diesem Kapitel die organisatorischen Voraussetzungen genauer untersucht. Dabei sei unter Organisation ein System von Regeln verstanden, welches die Verteilung einer

Gesamtaufgabe auf die einzelnen Aufgabenträger bestimmt und die Erfüllung der Teilaufgaben koordiniert [1].

1.1. Allgemeine organisatorische Probleme

Obwohl die Organisation von Betrieb zu Betrieb Unterschiede aufweist, gibt es doch ein - mehr oder weniger explizit formuliertes - organisatorisches Prinzip, das überall festzustellen ist: die Aufteilung der betrieblichen Gesamtaufgabe auf einzelne Aufgabenträger (Arbeitsteilung) und die Zusammenfassung mehrerer Aufgabenträger in Abteilungen (zur Koordination und Integration der Einzelleistungen [2]).

1.1.1. Die Abteilungsgliederung

Die Abgrenzung der einzelnen Abteilungsaufgaben gegeneinander (Abteilungsgliederung) geschieht in der Praxis meist entweder

- nach Objekten (das heisst nach den Gegenständen, auf die sich die Verrichtungsvorgänge beziehen, z. B. auf bestimmte Produkte, Absatzgebiete etc.) oder
- nach Funktionen (das heisst nach den Arten der Betätigung, z. B. Zusammenfassung aller Schreibarbeiten in einem speziellen Schreibbüro).

---

1) Müller, S. 7

2) Müller, S. 36

Müller [1] unterscheidet auf Grund der Auswertungen der in der Praxis vorgefundenen Lösungen noch folgende weitere Möglichkeiten der Abgrenzung:

- nach Handlungsphasen (Vorbereitung, Durchführung, Kontrolle)
- nach der zeitlichen Reichweite der Phasen (z. B. kurzfristige Produktionsvorbereitung, langfristige Forschungsprojekte)
- nach Erfüllungsfristen (Normalfristigkeit, Dringlichkeit)
- nach Zweckbeziehungen (Zweck- und Verwaltungsaufgaben)
- nach Teilaspekten der Leitung (z. B. Planung, Kontrolle, Koordination).

Sind die Abteilungen weitgehend nach Objekten gegliedert, so bedeutet dies eine Erleichterung der Aufspaltung. Liegt eine andere Gliederung vor (z. B. eine einzige Abteilung Finanzen und Rechnungswesen für die ganze aufzuspaltende Aktiengesellschaft), so hat die Aufspaltung gesamthaft gesehen eine Vergrösserung der Anzahl Abteilungen zur Folge.
In der Regel kann man jedoch davon ausgehen, dass eine aufzuspaltende Aktiengesellschaft auf der hierarchischen Stufe der Abteilungen bzw. Unterabteilungen bereits eine weitgehende Gliederung nach Objekten aufweist.

1.1.2. Die Abteilungsaufspaltung

Eine Objektgliederung lässt sich im allgemeinen nicht für alle Abteilungen durchführen. Sie kann mitunter insbesondere bei der Abspaltung

---

1) Müller, S. 38 f

kleinerer Betriebswirtschaften die Organisation zu schwerfällig gestalten und kostenerhöhend wirken. Die Lösung des Organisationsproblems geschieht in diesen Fällen durch eine Abteilunsaufspaltung oder durch die Abrechnung gemeinsamer Abteilungen, wenn die nach Funktionen gegliederten Abteilungen nicht einer Unternehmung allein zugeordnet werden können [1].

Eine Spaltung der Abteilungen ist nur zu empfehlen, wenn die Aufgaben, die im Rahmen dieser Abteilungen erfüllt werden, bereits eine weitgehende Gliederung nach Objekten aufweisen. Dann kann die Abteilung aufgespalten und die nach Objekten ausgegliederten Aufgaben in einer neuen Abteilung (des abgespaltenen Teils der Aktiengesellschaft) zusammengefasst werden.

Von Bedeutung ist hier auch der Zwang zur Aufspaltung der Abteilungen des Rechnungswesens, da das Handels- und Steuerrecht getrennte Buchführungen der aufgespaltenen Aktiengesellschaft verlangen. Da das Rechnungswesen ein äusserst wichtiges Führungsinstrument darstellt, ist darauf zu achten, dass die einzelnen Buchhaltungen im Bedarfsfalle jederzeit zusammengefasst (konsolidiert) und damit den Führungskräften die benötigten Informationen (für Vergleiche, den Ueberblick über die Vermögensverhältnisse etc) geliefert werden können. In Folge der gegenseitigen finanziellen Verflechtungen wird es sich empfehlen, die Finanzplanung auch nach der Aufspaltung der Aktiengesellschaft zentral durchzuführen.

Bei einer kritischen Auswertung der getrennt aufgestellen Bilanzen sowie Gewinn- und Verlustrechnungen ist zu beachten, dass die ausgewiesenen Gewinne der Unternehmungen nicht unbedingt als Massstab der jeweiligen Wirtschaftlichkeit angesehen werden können.

---

1) Kohlhage, S. 17

Wenn die Gewinn- und Verlustrechnung entsprechend bereinigt und der Betriebsgewinn ermittelt ist, so ist zu prüfen, ob dieser Gewinn durch eine einseitige Preisstellung infolge der Zuliefersituation einer Unternehmung beeinflusst ist oder ob eine unrichtige Kostenverrechnung die Gewinnaufteilung beeinflusst hat [1].

Ob die Kostenverrechnung auf der Basis von Selbstkosten oder von Marktwerten und ob die Vergütung pauschal oder genau nach Aufwand erfolgen soll, ist stark abhängig von der Genauigkeit vorhandener oder neu aufzustellender Kostenrechnungen und der Art der erbrachten Leistungen und kann deshalb nicht generell beantwortet werden. Allgemein darf die Kostenverrechnung jedoch nicht willkürlich geschehen, da sonst die Gefahr verdeckter Gewinnausschüttungen und damit die Möglichkeit eines Verstosses gegen handels- und steuerrechtliche Vorschriften besteht.

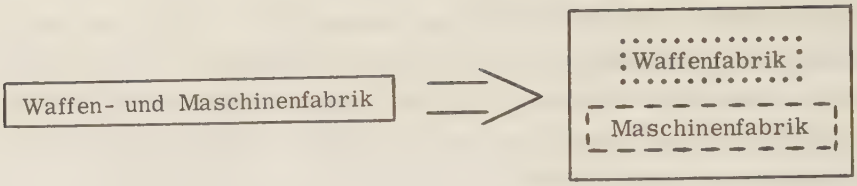
1.2. Horizontale und vertikale Spaltung von Unternehmungen

Horizontale Spaltung einer Unternehmung bedeutet Spaltung einer einzigen Gesellschaft in mehrere Gesellschaften, deren Funktionen nebeneinander ausgeführt werden. Dagegen versteht man unter vertikaler Spaltung eine Spaltung in mehrere Gesellschaften, deren Funktionen nacheinander erfüllt werden.

Eine horizontale Spaltung liegt also z. B. vor, wenn eine Waffen- und Maschinenfabrik in eine Waffenfabrik einerseits und eine Maschinenfabrik anderseits aufgespalten wird:

---

1) Kohlhage, S. 20



Dagegen würde eine vertikale Spaltung vorliegen, wenn die zur Waffen- und Maschinenfabrik gehörende Verkaufsabteilung verselbständigt wird:

Voraussetzung für eine erfolgreiche horizontale Spaltung von Aktiengesellschaften bildet eine bereits bestehende, weitgehende Gliederung nach Objekten, damit der abzuspaltende Teil ohne grosse organisatorische Umstrukturierungen aus der ursprünglichen Aktiengesellschaft herausgelöst werden kann. Das bedeutet z. B. auch, dass weder auf der Angebots- noch der Nachfrageseite eine allzu grosse Abhängigkeit bestehen darf, da sonst entweder Mengenrabatte verloren gehen oder aber doppelter Versand und Rechnungsstellung etc. kostenerhöhend wirken. Deshalb ist eine horizontale Spaltung weniger bei reinen Produktionsbetrieben, sondern eher bei gemischten Betrieben (z. B. die Verselbständigung eines auch für Dritte arbeitenden Rechenzentrums aus einem Produktionsbetrieb) zu empfehlen.
Voraussetzung für eine vertikale Spaltung von Aktiengesellschaften bildet die Möglichkeit, die einzelnen Funktionen (z. B. Einkauf, Produktion, Verkauf) sowohl räumlich als auch organisatorisch leicht und ohne grosse Kosten voneinander trennen zu können. Die Erfüllung dieser Voraussetzung ist in der Praxis meist mit grossen Schwierigkeiten verbunden, nicht zuletzt auch, weil die Aufspaltung der

verschiedenen Verwaltungsaufgaben (Finanzen, Personalwesen etc.) im Falle der vertikalen Spaltung noch mehr Probleme bietet als bei der horizontalen Spaltung (z. B. Kalkulation). So sind denn auch in der Praxis vertikale Spaltungen seltener als horizontale anzutreffen.

2. Ziele einer Spaltung von Aktiengesellschaften

Im folgenden seien die möglichen Ziele, die zum Entscheid über die Spaltung einer Aktiengesellschaft führen können, näher betrachtet. Dabei ist zu beachten, dass kaum je ein einziges Ziel, sondern meist einige Ziele zusammen zu einem solchen Entscheid führen.
Die Ziele sind untergliedert in finanzielle und andere Ziele, wobei dieser Unterschied nur bei kurzfristiger Betrachtung Geltung hat. Langfristig wird sich das Erreichen bzw. Nichterreichen jeder Zielsetzung auch im finanziellen Bereiche auswirken, sei dies auf der Kosten- oder der Ertragsseite.

Finanzielle Ziele:
- Steuereinsparungen
- Risiko- und Haftungsbeschränkung

Andere Ziele:
- Optimale Unternehmungsgrösse
- Organisatorische Verbesserungen
- Vorbereitung von Strukturänderungen
- Verhindern von Eingriffen auf Grund der staatlichen Wettbewerbspolitik.

2.1. Finanzielle Ziele

2.1.1. Steuereinsparungen

Da es bei der Spaltung von Aktiengesellschaften nicht um eine Aenderung der Rechtsform geht, spielt auch die unterschiedliche Besteuerung der verschiedenen Unternehmungsformen (z.B. Einfachbesteuerung bei Personen-, Doppelbesteuerung bei Kapitalgesellschaften) keine Rolle. Zur Vermeidung einer dreifachen Besteuerung bei Beteiligungen an andern Gesellschaften (Mutter - Tochter - Verhältnis) gewährt der Wehrsteuerbeschluss in Art 59 das sogenannte Holdingprivileg, das heisst, das sich der auf dem Reinertrag geschuldete Steuerbetrag im Verhältnis des Ertrags dieser Beteiligungen zum gesamten Rohertrag ermässigt.
Trotz Beibehaltung der Rechtsform können jedoch auch steuerliche Ziele von Bedeutung sein, und zwar in dreifacher Hinsicht [1]:

- durch eine Verteilung des steuerbaren Ertrages und Vermögens auf mehrere Steuersubjekte können Wirkungen einer starken Steuerprogression gemildert und dabei Steuereinsparungen erzielt werden
- durch Verlegung des Sitzes der abgespaltenen Aktiengesellschaft in einen andern Kanton oder Staat ist es möglich, ein günstigeres Steuerdomizil zu wählen und damit die unterschiedliche Belastung je nach Steuerhoheit ausnützen

---

1) vgl. Schneider, S. 47 ff; Vuille, S. 34

- durch Gewinn- und Verlustverschiebungen zwischen den einzelnen Teilen der aufgespaltenen Aktiengesellschaft lassen sich sowohl die Progression vermindern als auch die Vorteile unterschiedlicher Steuerbelastung je nach Steuerdomizil ausnützen.

2.1.1. Risiko- und Haftungsbeschränkung

Ziel der Spaltung von Aktiengesellschaften kann auch eine - meist nicht genau berechenbare - Ausdehnung der Risiko- und Haftungsbeschränkung sein.
Es geht dabei zur Hauptsache um die Verlustlimitierung und Schonung der eigenen Mittel bei besonders risikoreichen Tätigkeiten vor allem im Bereiche der Forschung und Entwicklung. Weitere Anwendungsfälle sind Grossprojekte und Diversifikationen in Bereiche, wo der Erfolg besonders ungewiss ist [1].
Eine weitgehende, zusätzliche Risiko- und Haftungsbeschränkung ist meist nur bei horizontalen Spaltungen möglich, weil die einzelnen Teile der aufgespaltenen Aktiengesellschaft (mehr oder weniger) unabhängig voneinander bestehen können (was bei einer vertikalen Spaltung nicht zutrifft).

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage des Haftungsdurchgriffs (vgl. 4.2.2.), das heisst die Frage, ob und wieweit eine Gesellschaft durch Vorschaltung einer juristischen Person das Risiko eines Unternehmens mit rechtlicher Wirkung beschränken und damit zum Teil seinen Gläubigern aufbürden kann [2].

---

1) Schneider, S. 43

2) Zuschlag, S. 100

2.2. Andere Ziele

2.2.1. Optimale Unternehmungsgrösse

Mit Erreichung einer bestimmten Grössenordnung, die je nach Branche oder betriebsindividuellen Gegebenheiten variiert, stehen viele mittlere und grössere Unternehmen vor dem Problem, dass eine weitere Expansion im vorhandenen organisatorischen Rahmen nicht bzw. nur noch unter erschwerten Bedingungen möglich ist.
Derartige Expansionshindernisse können sein:

- Bürokratisierungserscheinungen
- Koordinations- und Ueberwachungsschwierigkeiten
- schwerfällige Entscheidungsfindung.

Eine solche Situation führt in vielen Fällen zu einer Konzernbildung, durch die, als Folge der Aufspaltung des Unternehmens in mehrere kleinere unternehmerische Einheiten die Voraussetzung für ein weiteres Wachstum geschaffen wird [1].

Eng mit der Frage nach der optimalen Unternehmungsgrösse ist auch die Möglichkeit der Verbesserung der Gewinn- und Renditesituation verbunden, die unter Umständen ebenfalls durch eine Spaltung der Aktiengesellschaft erreicht werden kann.

---

1) Ellenberger, S. 257

2.2.2. Organisatorische Verbesserungen

Im Sinne der Definition der Organisation (System von Regeln, welches die Verteilung einer Gesamtaufgabe auf die einzelnen Aufgabenträger bestimmt und die Erfüllung der Teilaufgaben koordiniert [1]) können bei der Spaltung von Aktiengesellschaften auch Ziele im Vordergrund stehen, die sich rein auf das interne Verhältnis der aufzuspaltenden Gesellschaft beziehen [2]:

- durch die Zusammenfassung, Ausgliederung und rechtliche Verselbständigung von Funktionen in einer Gesellschaft können die vorhandenen Kräfte auf bestimmte Bereiche konzentriert und damit neue Schwerpunkte gebildet werden (Normierungen, Rationalisierungen, Vermeidung von Engpässen etc.)
- durch die Verselbständigung bestimmter Teile einer Gesellschaft können klare Kompetenz- und Verantwortungsbereiche (profit centers) gebildet werden
- durch die Dezentralisation der Führung und deren Verteilung auf weitere Träger kann die gesamte Führungsstruktur verbessert werden.

2.2.3. Vorbereitung von Strukturänderungen

Die Spaltung von Aktiengesellschaften kann auch bloss eine Zwischenphase für weitergehende Strukturänderungen bilden. Dabei ist insbesondere an zwei Möglichkeiten zu denken:

---

1) Müller, S. 7

2) vgl. Schneider, S. 45 ff

- die Aktiengesellschaft plant, einen Teil ihres Betriebes an Dritte zu verkaufen. Zur Erleichterung des Verkaufes verselbständigt sie diesen Teil zuerst in Form einer Tochtergesellschaft
- die Aktiengesellschaft plant die Beteiligung an weiteren Gesellschaften und will die Beteiligungen im Rahmen einer reinen Holdinggesellschaft verwalten. Zu diesem Zwecke spaltet sie die ursprüngliche Aktiengesellschaft in eine Mutter- und Tochtergesellschaft auf, wobei die Mutter als Hauptaktivum nur noch die Beteiligung an der Tochtergesellschaft aufweist (reine Beteiligungs- oder Holdinggesellschaft).

2.2.4. Verhindern von Eingriffen auf Grund der staatlichen Wettbewerbspolitik [1)]

Zur Vermeidung wettbewerbspolitischer Klagen auf Grund der Wettbewerbsgesetzgebung (in den USA vor allem auf Grund der Antitrust - Gesetzgebung) kann es angebracht sein, marktbeherrschende und marktmächtige Unternehmungen freiwillig aufzuspalten.

Doch kann die Aufspaltung auch motiviert sein durch Kritik in der Oeffentlichkeit, in der Presse und in der allgemeinen öffentlichen Meinung und die damit verbundene Gefahr eines negativen Images der Unternehmung. In diesem Falle kann die Unternehmungsaufspaltung als Public - Relations - Aktion angesehen werden.

---

1) Schneider, S. 46

C. Die Spaltung von Aktiengesellschaften aus handelsrechtlicher Sicht

3. Rechtlich geregelte Teilgebiete einer Spaltung von Aktiengesellschaften

Jede Spaltung von Aktiengesellschaften weist gewisse Tatbestände auf, für die eine positivrechtliche Ordnung besteht, so zum Beispiel:

- Gründung der Aktiengesellschaft (3.1.)
- Auflösung der Aktiengesellschaft (3.2.)
- Kapitalherabsetzung (3.3.)
- Kapitalerhöhung (3.4.)
- Uebernahme eines Geschäftes (3.5.).

Zweck dieses Kapitels ist es, oben erwähnte Tatbestände und ihre rechtliche Ausgestaltung aufzuzeigen, wodurch in den folgenden Abschnitten Doppelspurigkeiten (Beschreibung des gleichen Tatbestandes in zwei oder sogar drei Kapiteln) vermieden werden können.

Dabei geht es weniger um eine Beschreibung, die alle Details und jede Ausnahme berücksichtigt, sondern vielmehr um eine Zusammenfassung allgemeingültiger Normen, die dann im Hinblick auf juristische Einzelfragen in den folgenden Kapiteln nach Bedarf weiter verfeinert werden.

3.1. Gründung der Aktiengesellschaft

Die Legaldefinition in Art 620 Abs 1 OR umschreibt die Aktiengesellschaft als Gesellschaft mit eigener Firma, deren zum voraus bestimmtes Kapital (Grundkapital) in Teilsummen (Aktien) zerlegt ist und für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet.

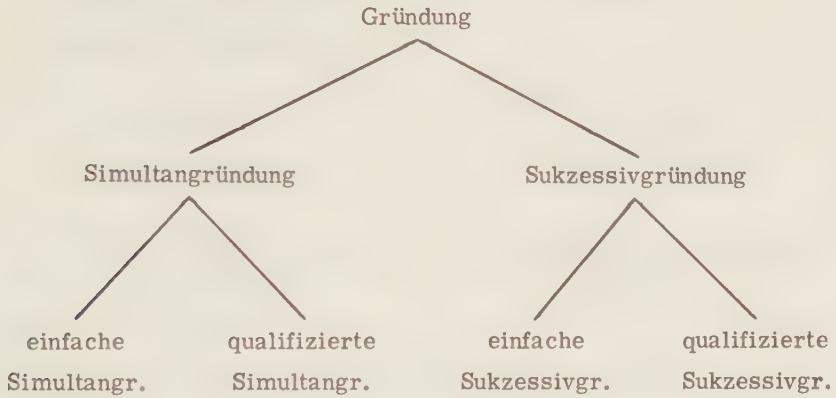
Elemente einer Aktiengesellschaft sind somit:

- Die AG ist eine Gesellschaft, die aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen als Mitglieder besteht (vgl. dazu 3.1.3. und 4.2.2.). Der Zweck kann wirtschaftlicher oder nicht-wirtschaftlicher Art sein.
- Die AG hat ein festes Grundkapital (Aktienkapital). Es handelt sich dabei um eine rein rechnerische Grösse, die angibt, welcher Betrag von den Aktionären mindestens aufgebracht und danach als Nettovermögen mindestens erhalten bleiben muss (vgl. Art 725 OR).
- Das Aktienkapital ist in Teilsummen (Aktien) zerlegt, die einen festen Nennwert aufweisen müssen (keine Quotenaktien).
- Die AG haftet mit ihrem gesamten Gesellschaftsvermögen. Die persönliche Haftung der Aktionäre ist ausgeschlossen (Art 680 OR).
- Die AG hat eine eigene Firma (vgl. Art 950 OR)
- Nicht explizit in Art 620 OR erwähnt, jedoch notwendige Bedingung, ist die Eintragung im Handelsregister (Art 643 Abs 1 OR).

3.1.1. Simultan- und Sukzessivgründung

Für die Gründung einer Aktiengesellschaft besteht in der Schweiz das Prinzip der Normativbestimmungen: die Gründung wird nur von der Erfüllung bestimmter gesetzlich vorgeschriebener Voraussetzungen (normative Bestimmungen) abhängig gemacht. Die diesbezügliche Prüfung erfolgt durch die Handelsregisterbehörde [1].

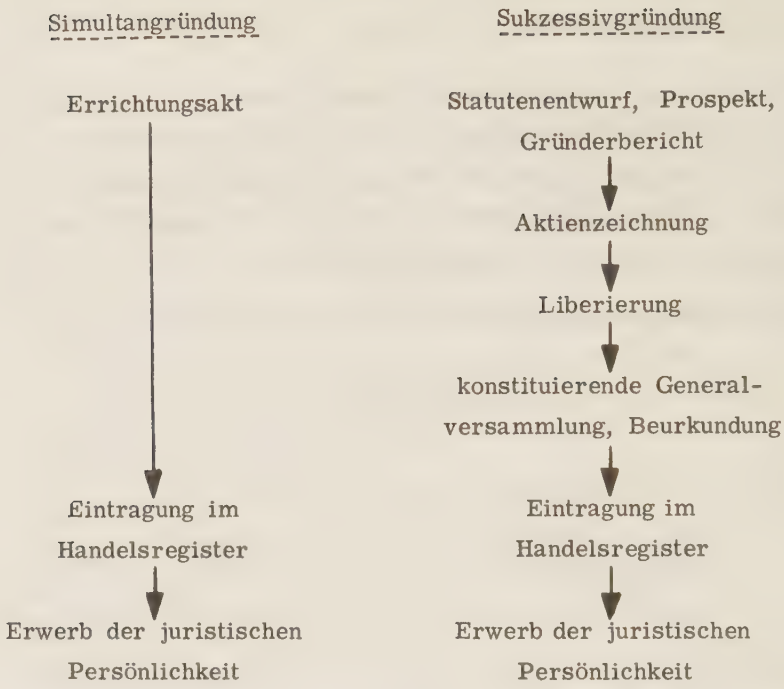
Das schweizerische Recht trifft folgende Unterscheidung:



Die Simultan- oder Einheitsgründung ist die meist angewandte Gründungsart, bei der alle Aktien von den Gründern übernommen werden.
Bei der Sukzessiv- oder Stufengründung werden die Aktien nicht nur von Gründern, sondern auch von Dritten übernommen.

---

1) Schluep, Gesellschaftsrecht, S. 4



Vor der Eintragung im Handelsregister (und damit der Erlangung der juristischen Persönlichkeit) bildet die in Gründung befindliche Aktiengesellschaft eine einfache Gesellschaft gemäss Art 530 ff OR, auf die jedoch bereits gewisse aktienrechtliche Vorschriften anwendbar sind (vgl. Art 634 Abs 2, Art 645 OR).
Betreffend Gründer- und Prospekthaftung vgl. Art 752 / 753 OR.

Im folgenden soll das in der Praxis vorherrschende Simultanverfahren kurz dargestellt werden (zur Sukzessivgründung vgl. Art 629 ff OR). Die Besonderheiten der qualifizierten Gründung und insbesondere Gegenstand und Bewertung von Sacheinlagen und -übernahmen werden unter 3.1.2. behandelt.

Die knappe gesetzliche Regelung der Simultangründung (Art 638 OR) ist dadurch erklärbar, dass zwischen den Gründern und den späteren Aktionären Identität besteht.
Wichtigster Bestandteil der Simultangründung bildet der öffentlich zu beurkundende Errichtungsakt, an dem sämtliche Gründer anwesend sein müssen. Für die Gründung schreibt Art 625 Abs 1 OR die Mindestzahl von drei Mitgliedern vor.
Beim Errichtungsakt ist insbesondere festzustellen (Art 638 OR und Art 78 HRegV) [1]:

- dass sämtliche Aktien übernommen und entsprechend Gesetz und Statuten liberiert worden sind
- dass die Statuten vorhanden und genehmigt sind
- dass die erforderlichen Organe bestellt sind und deren Wahl angenommen wird.

Liegt eine Sacheinlage- oder Sachübernahmegründung vor, so müssen die betreffenden Verträge vorgelegt werden (vgl. 3.1.2.).

Nach dem Errichtungsakt muss die Gesellschaft von der Verwaltung am Orte, wo sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Die Kognitionspflicht des Handelsregisterführers ist im Bereiche der Ueberprüfung der formellen Korrektheit unbeschränkt. Mit der Prüfung der materiellen Rechtsmässigkeit sollen einerseits offensichtliche Mängel und anderseits die Verletzung von qualifiziert zwingendem Recht verhindert werden (Art 940 OR, Art 21 HRegV) [2].
Mit der Eintragung im Handelsregister erlangt die Aktiengesellschaft das Recht der Persönlichkeit.

---

1) Forstmoser / Meier - Hayoz, S. 99
2) vgl. Forstmoser / Meier - Hayoz, S. 100

3.1.2. Qualifizierte Gründung

Wird eine Aktiengesellschaft gegründet oder das Grundkapital einer bestehenden Aktiengesellschaft erhöht, so werden die ausgegebenen Aktien in der Regel durch Barleistung liberiert [1]. Im Falle der Unternehmungsspaltung und der damit verbundenen Neugründung einer Aktiengesellschaft (bzw. Kapitalerhöhung einer bestehenden Aktiengesellschaft) hat die Bargründung jedoch keine Bedeutung. Vielmehr wird stets eine sogenannte qualifizierte Gründung vorliegen.

3.1.2.1. Arten qualifizierter Gründung

Gemäss Art 628 OR umfasst der Begriff der qualifizierten Gründung drei Tatbestände:

a) Sacheinlagegründung

b) Sachübernahmegründung

c) Gewährung von Gründervorteilen.

Die Tatbestände a) und b) sollen im folgenden genauer umschrieben und gegeneinander abgegrenzt werden, während der Tatbestand c), die Gewährung von Gründervorteilen, im Zusammenhang mit dieser Arbeit nicht von Interesse ist.

---

1) Känzig, Sacheinlage, S. 161

a) Sacheinlage

Eine Sacheinlage liegt vor, wenn ein Aktienzeichner seine Aktien nicht durch Geld liberiert, sondern dadurch, dass er gewisse Vermögenswerte in die Gesellschaft einbringt [1].
Der Sacheinleger ist also immer Aktionär, und zwar Erstaktionär [2].
Deshalb eignet sich die Sacheinlagegründung besonders bei Geschäftsumwandlungen.
Sacheinlagen gelten als Deckung nur dann, wenn die Gesellschaft mit ihrer Eintragung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin unmittelbar darüber verfügen kann oder einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhält (Art 633 Abs 4 OR).
Die Einbringung einer Sacheinlage, sei es ein einzelner Vermögenswert oder handle es sich um eine Sachgesamtheit, beruht auf einem Vertrage, für dessen Form grundsätzlich die Vorschriften von Art 11 ff OR gelten.

b) Sachübernahme

Sachübernahmen sind vor der Eintragung der Aktiengesellschaft geschlossene Verträge zur Uebernahme von Vermögenswerten durch die Aktiengesellschaft nach der Gründung. Die Verträge werden von den Vertretern (Gründern) der noch zu gründenden Gesellschaft mit Drittpersonen oder Aktionären geschlossen [3]. Die Entschädigung erfolgt meist durch eine Geldleistung.

---

1) Forstmoser / Meier - Hayoz, S. 107

2) Siegwart, N 7 zu Art 628

3) Schluep, Gesellschaftsrecht, S. 22

In Uebereinstimmung mit dem Gesetzgeber der Verordnung über das Handelsregister neigt die herrschende Lehre [1] zur Auffassung, dass Sachübernahmegeschäfte auch dann anzunehmen sind, wenn deren definitiver (formbedürftiger) Abschluss zeitlich der Entstehung der Gesellschaft folgen soll, die Geschäfte aber schon vor der Gründung ernsthaft geplant und vorbereitet sind und nach der personellen Zusammensetzung der ersten Verwaltung mit Sicherheit erwartet werden darf, dass sie zur Abwicklung gelangen werden, vorausgesetzt, dass es sich um bilanzfähige Werte handelt und ihre wirtschaftliche Bedeutung aus dem Verhältnis Entgelt zum Gesellschaftskapital ins Auge fällt [2].

3.1.2.2. Besondere Vorschriften bei der qualifizierten Gründung

Bei der qualifizierten Gründung ist von grosser Bedeutung, dass die Sacheinlagen bzw. Sachübernahmen nicht überbewertet werden, und dass die Einräumung von Gründervorteilen nicht gegen die Interessen der Gesellschaft und der übrigen Gesellschafter verstösst.
Deshalb hat der Gesetzgeber verschiedene Schutzvorschriften erlassen, die bei der qualifizierten Gründung zu beachten sind [3]:

- Gemäss Art 628 OR haben die Statuten die eingelegten oder übernommenen Vermögenswerte, den Anrechnungsbetrag oder die zu leistende Vergütung sowie die Person des Sacheinlegers oder Veräusserers bekanntzugeben. Ebenso haben sie allenfalls gewährte Gründervorteile nach Inhalt und Wert genau zu bezeichnen sowie die begünstigten Personen zu nennen

---

1) vgl. Forstmoser / Meier - Hayoz, S. 107 ff sowie BGE 83 II 286 ff
2) Furler, S. 134
3) Forstmoser / Meier - Hayoz, S. 110

- Bei qualifizierten Sukzessivgründungen wird ausserdem ein besonderer Gründerbericht verlangt, über dessen Inhalt Art 630 OR Auskunft gibt. Der wesentliche Inhalt dieses Gründerberichtes ist auch in den Prospekt aufzunehmen (vgl. Art 631 Abs 2 Ziff 3 OR)
- Die qualifizierenden Tatbestände unterliegen in der konstituierenden Generalversammlung einer besonderen Beschlussfassung. Dabei müssen sie von den Stimmen von mindestens zwei Drittel des gesamten Grundkapitals akzeptiert werden (vgl. Art 636 OR).

Neben diesen speziellen Schutzvorschriften sind vor allem auch die Bestimmungen in Art 643 OR (Klage auf Auflösung) und Art 753 OR (Gründerhaftung) zu beachten.
Gemäss Art 81 HRegV hat der Registerführer zu prüfen, ob die Gesellschaft von Aktionären oder Dritten Vermögenswerte übernimmt oder unmittelbar nach der Gründung übernehmen soll und darauf zu achten, dass in diesem Falle die Statuten den vom Gesetz vorgeschriebenen Inhalt aufweisen. Letzteres gilt auch für die bei der Gründung oder Kapitalerhöhung ausbedungenen Vorteile (Art 628 Abs 2 und 3 OR).

3.1.2.3. Gegenstand und Bewertung der Sacheinlage

Da der Tatbestand der Sacheinlage im Rahmen der Spaltung und Neugründung bzw. Kapitalerhöhung von Aktiengesellschaften (Einbringung eines Geschäftes) von Bedeutung ist, sei hier Gegenstand und Bewertung genauer untersucht.
Was dabei über die Sacheinlage gesagt wird, gilt analog für die Sachübernahme, bloss mit dem Unterschied, dass bei letzterer als Entgelt regelmässig nicht Aktien in Frage kommen.

a) Gegenstand der Sacheinlage

Gegenstand der Einlage kann nur etwas sein, das einen bilanzfähigen Wert darstellt [1]. Mit dieser Umschreibung ist jedoch die Frage nach der Einlagefähigkeit noch nicht beantwortet, sondern lediglich dem Bilanzrecht zur Erledigung überwiesen [2]. Danach muss von der Substanz der Sacheinlage verlangt werden, dass sie zugunsten der Gläubiger verwertbar sei, während die anderen weniger greifbaren, nur im Zusammenhang mit dieser Substanz bestehenden Werte (Kundschaft, Firma, günstige Lage etc.) nur als werterhöhende Faktoren berücksichtigt werden [3].

Neben der Verwertbarkeit wird vom Gesetz (Art 628 OR) die Bewertbarkeit, das heisst die Messung der Einlage in Geldeinheiten, verlangt. Und schliesslich gelten Sacheinlagen nur als Deckung, wenn die Gesellschaft mit ihrer Eintragung im Handelsregister sofort als Eigentümerin unmittelbar darüber verfügen kann oder einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhält (Art 633 OR).

Gegenstand der Sacheinlage können somit sein [4]:

- dingliche und beschränkte dingliche Rechte
- Forderungs- und Beteiligungsrechte
- Rechte an immateriellen Wirtschaftsgütern
- ganze Unternehmungen und Unternehmensteile,

sofern sie folgende Kriterien aufweisen:

---

1) Siegwart N 10 zu Art 628

2) Baumann, S. 36

3) Siegwart N 10 zu Art 628

4) vgl. Baumann, S. 40 ff

- Wert für die Gesellschaft
- Möglichkeit des Rechtserwerbs am Sacheinlagegegegenstand
- Verwertbarkeit
- Bewertbarkeit.

Im Falle der Spaltung von Aktiengesellschaften spielt die Sacheinlage von Unternehmungen und Unternehmensteilen eine grosse Rolle. Dabei unterscheidet sich die Unternehmung von einem blossen Vermögen vor allem durch die Einbeziehung der verschiedenen mit den Worten Chancen oder Goodwill bezeichneten Wertfaktoren.
Für die Uebertragung der Unternehmung ist wesentlich, dass sie zwar schuldrechtlich als Ganzes "in einem einzigen Akte erfasst wird", dass aber sachenrechtlich über jeden einzelnen Gegenstand "nach den für ihn geltenden Regeln verfügt werden" muss [1] (vgl. 3.5.).

b) Bewertung der Sacheinlage

Die Sacheinlage ist genau zu bewerten (Art 628 Abs 1, 630 Abs 2, 635 Abs 2, 638 Abs 2 OR). Eine Unterbewertung ist sowohl für die Mitaktionäre als auch für die Gesellschaft und die Gesellschaftsgläubiger unschädlich. Dagegen bedeutet eine Ueberbewertung entweder eine Schädigung der Mitaktionäre oder eine unvollständige Deckung des Aktienkapitals und damit einen Verstoss gegen die im Interesse der Gesellschaft, der Gesellschafter und der Gläubiger aufgestellten Grundregeln des Aktienrechts [2].

---

1) Meier - Hayoz N 89; Baumann, S. 100

2) Känzig, Sacheinlage, S. 162, Siegwart N 13 zu Art 628

Da jede Schätzung etwas schwieriges und unsicheres ist, wird eine Verantwortlichkeit der Gründer nur bei bewussten oder grob fahrlässigen bedeutenden Ueberbewertungen angenommen [1].
Besteht die Sacheinlage aus einer Unternehmung, so sind deren Bestandteile einzeln zu bewerten, doch sind diese Werte in ihrem funktionellen Zusammenhang und unter Berücksichtigung allfälliger werterhöhender Faktoren zu ermessen, deren Existenz ausschliesslich in Verbindung mit dem Unternehmen, dem sie gehören, möglich ist [2].

3.1.3. Einmann- und Strohmanngesellschaft

Eine Einmanngesellschaft ist ein Rechtssubjekt, das allein oder zusammen mit Strohmännern nach aussen den Anschein einer privatrechtlichen Verbandsperson erweckt [3]. Strohmänner handeln dabei im Auftrag des Alleingesellschafters und übertragen ihre Aktien nach der Gründung diesem meist wieder, so dass eine Einmanngesellschaft im engeren Sinne entsteht.
Bei der Gründung haben die Handelsregisterbehörden die Eintragung einer Aktiengesellschaft nur dann abzulehnen, wenn sich aus den vorgelegten Dokumenten ergibt, dass die erforderliche Mindestzahl von Aktionären (gemäss Art 625 OR) nicht erreicht ist. Diese Regel folgt daraus, dass der Strohmann wie der Alleingesellschafter Gründer ist und gegenüber der Gesellschaft die gleichen Rechte und Pflichten hat und auch der Gründerhaftung unterliegt.
Während des Bestehens der Gesellschaft kann auch bei der normal gegründeten Gesellschaft die Zahl der Mitglieder durch Erwerb der

---

1) Siegwart N 15 zu Art 628
2) Vuille, S. 75
3) vgl. Schönle, S. 30

Aktien unter das erforderliche Minimum fallen. Doch kann nie ein Aktionär mit innergesellschaftlichen Mitteln seine Mitaktionäre gegen deren Willen aus der Gesellschaft herausdrängen, um die Aktien in seiner Hand zu vereinigen: weder durch den Beschluss einer Zusammenlegung, die dem Kleinaktionär keine Mitgliedschaft mehr belassen würde, noch durch einen Rückzahlungsbeschluss, der in Verletzung des Prizipes der Gleichheit nur willkürlich ausgewählte Aktionäre treffen würde [1].

Sinkt die Zahl der Aktionäre unter die gesetzliche bzw. statutarische Mindestzahl, oder fehlt es der Gesellschaft an den vorgeschriebenen Organen, so kann der Richter auf Begehren eines Aktionärs oder eines Gläubigers die Auflösung der Gesellschaft verfügen, sofern diese nicht binnen angemessener Frist den gesetzmässigen Zustand wieder herstellt (Art 625 Abs 2 OR). Diese Auflösungsklage bleibt jedoch weitgehend toter Buchstabe, da es dem Alleinaktionär meist gelingen wird, durch (kurzfristige) Uebertragung einzelner Aktien an Strohmänner den gesetzmässigen Zustand wieder herzustellen.

Die Einmanngesellschaft stellt eine rechtsfähige und parteifähige und somit selbständige juristische Person dar, die nicht nur mit Dritten, sondern auch mit der hinter ihr stehenden Einzelperson, dem Alleinaktionär, Rechtsgeschäfte eingehen kann [2]. Doch kann die Verschiedenheit von Gesellschaft und einzigem Aktionär nicht in allen Beziehungen und nicht unter allen Voraussetzungen anerkannt werden, so jedenfalls dann nicht, wenn dadurch wichtige gesetzgeberische Zwecke illusorisch gemacht würden [3].

---

1) Siegwart N 14 zu Art 625

2) Guhl / Merz / Kummer, S. 562

3) Siegwart N 21 zu Art 625

Deshalb sind die von der Einmanngesellschaft vorgenommenen Rechtshandlungen im Einzelfall daraufhin zu prüfen, ob die Selbständigkeit der Einmanngesellschaft im Verhältnis zu Dritten rechtlich geschützt werden kann, oder ob Treu und Glauben erfordern, sie zu verwerfen und die Rechtshandlungen der Einmanngesellschaft dem Alleinaktionär zuzurechnen, also gleichsam durch die Gesellschaft hindurch direkt auf den Alleinaktionär zu greifen (sogenannter "Durchgriff") [1].

3.2. Auflösung der Aktiengesellschaft

Die Aktiengesellschaft als juristische Person ist im Gegensatz zu Personengesellschaften meist auf unbestimmte Zeit errichtet. Dennoch kann die Gesellschaft mit dem Willen der Aktionäre oder gegen deren Willen aufgelöst werden, womit sie normalerweise in das Liquidationsstadium eintritt. In einzelnen Fällen ist jedoch auch im Gesetz eine Auflösung ohne Liquidation vorgesehen.
Eine besondere Rolle spielt bei der Liquidation einer Aktiengesellschaft das wohlerworbene Recht des Aktionärs auf Anteil am Liquidationsergebnis, ein Recht also, das dem Aktionär (vorbehältlich anderslautender statutarischer Bestimmungen) nur mit seiner Zustimmung entzogen werden kann (vgl. 3.2.3.).

---

1) Guhl / Merz / Kummer, S. 563

3.2.1. Auflösung mit Liquidation

Die Auflösung mit Liquidation besteht aus drei Stufen:

Eintritt des Auflösungsgrundes

↓

Liquidationsstadium

↓

Erlöschen der Gesellschaft

1. Auflösungsgründe

Die Gesellschaft wird aufgelöst:

a) Nach Massgabe der Statuten

In diesem, äusserst seltenen, Fall wird es sich meistens um den Ablauf der in den Statuten bestimmten Zeit handeln. Denkbar sind immerhin auch andere Auflösungsgründe (Ausbruch eines Krieges, Tod eines Aktionärs etc.). In diesen Fällen tritt mit dem Eintritt des in den Statuten vorgesehenen Ereignisses ohne weiteres die Auflösung ein, ohne dass es noch eines Beschlusses der Generalversammlung bedarf [1].

b) Durch einen Beschluss der Generalversammlung, über den eine öffentliche Urkunde zu erstellen ist

Der Auflösungsbeschluss der Generalversammlung bedarf (vorbehältlich Art 649 OR und anderslautender statutarischer Bestimmungen) keines qualifizierten Mehrs. Der Auflösungsbeschluss kann befristet (auf einen bestimmten, späteren Zeitpunkt) oder suspensiv bedingt sein und ist unwiderruflich [2].

---

1) v. Steiger, Aktiengesellschaft, S. 328

2) vgl. BGE 91 I 69

c) Durch die Eröffnung des Konkurses

Die Konkurseröffnung durch den Richter ist meist die Konsequenz einer erfolglosen Betreibung, kann jedoch auch ohne vorgängige Betreibung ausgesprochen werden (Art 725 Abs 3 OR, Art 192 SchKG). Die Konkurseröffnung kann widerrufen werden, wenn sämtliche Gläubiger erklären, dass sie ihre Konkurseingabe zurückziehen, oder wenn ein Nachlassvertrag zustande kommt (Art 195 SchKG).

d) Durch Urteil des Richters, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens den fünften Teil des Grundkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen

Zweck dieser Auflösungsklage ist der Schutz des Minderheitsaktionärs gegenüber einem fortgesetzten Machtmissbrauch der Majorität, die jenen in rücksichtsloser Weise vergewaltigt und die Gesellschaft ihren eigenen Interessen dienstbar macht [1]. Als Instrument des Minderheitenschutzes ist das Klagerecht ein wohlerworbenes Recht, das weder entziehbar noch an erschwerende Voraussetzungen geknüpft werden kann [2].

e) In den übrigen vom Gesetze vorgesehenen Fällen

Dazu gehören: Art 643 Abs 3 (Gründungsmängel), Art 625 Abs 2 OR (Organ- oder Mitgliedermangel), Art 57 Abs 3 ZGB (unsittlicher oder widerrechtlicher Zweck), Art 711 Abs 4 OR und Art 86 HRegV (Wohnsitz- und Nationalitätsmängel), Art 89 HRegV (Beendigung der Tätigkeit und Wegfall der Organe und Vertreter in der Schweiz), Art 14 Schluss- und Uebergangsbestimmungen (Mängel der Sitzverlegung ausländischer Gesellschaften).

---

1) BGE 67 II 165

2) Forstmoser / Meier - Hayoz, S. 275

2. Liquidation

Die Liquidation ist das Verfahren, welches zwischen dem Eintritt eines Auflösungsgrundes und dem vollständigen Untergang der Gesellschaft durchgeführt wird. Das Handelsrecht kennt nur die vollständige Liquidation, nicht aber die Teilliquidation.
Das Liquidationsverfahren umfasst alle Massnahmen, welche dazu dienen, die laufenden Geschäfte zu beenden (das heisst Wegfallen jedes werbenden Zweckes der Gesellschaft), die noch bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen, das Vermögen zu verwerten und unter die Aktionäre zu verteilen [1].
Die Liquidation ist (ausser im Konkursfalle) von der Verwaltung beim Handelsregisteramt anzumelden (Art 737 OR) und wird grundsätzlich auch von dieser durchgeführt (Art 740 OR). Zur bisherigen Firma der Aktiengesellschaft tritt der Zusatz "in Liquidation" ("in Liq.").
Das Verfahren der Liquidation ist ausführlich in den Art 742 bis 745 OR geregelt. Zur Frage der Haftung vgl. Art 754 Abs 2 OR.

3. Erlöschen der Gesellschaft

Das Löschen der Aktiengesellschaft im Handelsregister bildet den Abschluss der Auflösung der Gesellschaft (Art 746 OR).
Die Geschäftsbücher sind noch während zehn Jahren an einem sicheren Ort aufzubewahren (Art 747 OR).

---

1) Forstmoser / Meier - Hayoz, S. 259

3.2.2. Auflösung ohne Liquidation

Bei der Auflösung ohne Liquidation (Transformation) wird das Vermögen der aufgelösten Körperschaft nicht liquidiert, sondern geht durch Universalsukzession auf ein anderes Rechtssubjekt über [1].
Man unterscheidet die Fusion (Art 748 - 750 OR), die Uebernahme durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (Art 751 OR) und die Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art 824 - 826 OR).

Im Falle der Fusion kennt das Gesetz

- die Kombination, das heisst die Vereinigung mehrerer Aktiengesellschaften in einer neu zu gründenden Aktiengesellschaft (Art 749 OR), und
- die Annexion (Absorption), das heisst die Uebernahme einer Aktiengesellschaft durch eine andere bzw. durch eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art 748, 750 und 824 OR).

Da die Gläubiger die Fusion nicht verhindern können, hat der Gesetzgeber (Art 748 OR) zu ihrem Schutz besondere Vorschriften erlassen (Schuldenruf, getrennte Vermögensverwaltung, Beibehaltung des bisherigen Gerichtsstandes während der getrennten Vermögensverwaltung etc.).

---

1) Schluep, Gesellschaftsrecht, S. 120

3.2.3. Recht des Aktionärs auf Anteil am Liquidationsergebnis

Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs werden allgemein aufgeteilt in Mitverwaltungsrechte und Vermögensrechte.
Dazu gehören vor allem [1]:

Mitverwaltungsrechte:
- Recht auf die Mitgliedschaft und die unmittelbar aus ihr fliessenden Rechte
- Stimmrecht und damit zusammenhängende Rechte
- Kontrollrecht
- Anfechtungsrecht

Vermögensrechte:
- Recht auf Dividende
- Recht auf den Liquidationsanteil
- Recht auf Schadenersatz.

Das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis wird in Art 646 OR explizit als wohlerworbenes Recht des Aktionärs aufgezählt und darf diesem somit (vorbehältlich anderslautender statutarischer Bestimmungen) nicht ohne seine Zustimmung entzogen werden. Ebenso sind nicht in den Statuten vorgesehene Schmälerungen dieses Rechtes nur mit einstimmigem Generalversammlungsbeschluss möglich.
Das Recht auf den Liquidationsanteil ist eng mit dem Dividendenrecht verbunden, da der Liquidationsüberschuss einbehaltene Gewinne darstellt. Der verhältnismässige Anteil berechnet sich nach der Höhe der auf das Aktienkapital (bar oder mittels Apports) einbezahlten Beträge (Art 661 OR).

---

1) vgl. Schluep, Aktionärsrechte

3.3. Kapitalherabsetzung

Organisation und rechtliche Struktur der Aktiengesellschaft fussen auf dem Grundsatz des festen Grundkapitals, das bei der Gründung aufzubringen und dauernd zu erhalten ist. Freilich kann das Prinzip nicht schlechthin gelten: aus wirtschaftlichen Gründen ergibt sich vielmehr, dass der Aktiengesellschaft auch hinsichtlich des Umfangs ihres Grundkapitals ein gewisser Bewegungsradius verbleiben muss. Weil die Aktiengesellschaft in der Regel als Erwerbsgesellschaft ausgestaltet ist und daher den Schwankungen der Wirtschaft zu begegnen hat, müssen die institutionellen Grundsätze durch das positive Recht mittels Ausnahmebestimmungen gelockert werden. Das geltende Recht kommt diesem Bedürfnis namentlich in den Art 732 ff OR dadurch nach, dass es das Institut der Kapitalherabsetzung anerkennt [1].

Dabei ist unter Kapitalherabsetzung allgemein die in einer bestimmten Form vorgenommene Verminderung des Aktienkapitals zu verstehen [2].

Zweck der Kapitalherabsetzung kann insbesondere sein:

- Abbau einer Ueberkapitalisierung (durch Rückzahlung eines Teils des Grundkapitals an die Aktionäre)
- Bilanzmässiger Ausgleich zu einer Ausgliederung von Aktiven aus der Gesellschaft
- Beseitigung einer Unterbilanz durch Abschreibung des Grundkapitals.

Keine Herabsetzung im Sinne von 3.3. findet statt bei gleichzeitiger Wiedererhöhung des herabgesetzten durch neues Kapital.

---

1) Schluep, Aktionärsrechte, S. 205

2) Mosimann, S. 20

3.3.1. Durchführung der Kapitalherabsetzung

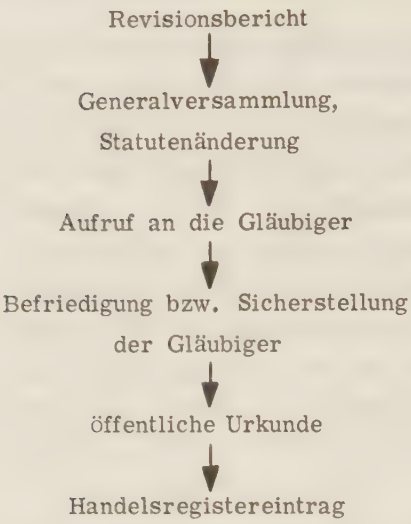
Das Gesetz unterscheidet bloss zwischen der Kapitalherabsetzung im Fall einer Unterbilanz (Art 735 OR, vgl. 3.3.1.2.) und den Kapitalherabsetzungen anderer Art (Art 733 und 734 OR, vgl. 3.3.1.1.).
Da jede Kapitalherabsetzung eine Einschränkung der Garantiefunktion des Grundkapitals gegenüber den Gläubigern bewirkt, schreibt das Gesetz zu deren Schutz bestimmte Verfahren vor.
Sowohl für das normale als auch für das vereinfachte Herabsetzungsverfahren gilt, dass das Grundkapital nicht unter Fr. 50'000.-- sinken darf (Art 621 OR). Ein sich allfällig ergebender Buchgewinn muss zu Abschreibungen (bzw. als offene Reserven) verwendet werden (Art 732 Abs 4 OR).

3.3.1.1. Normalfall

Die Kapitalherabsetzung spielt sich im Normalfall (also nicht im Falle der Beseitigung einer Unterbilanz) nach dem auf der folgenden Seite abgebildeten Schema ab.

Jede Herabsetzung des Grundkapitals verlangt die Einholung eines besonderen Revisionsberichtes, der von einem Revisionsverband oder einer Treuhandgesellschaft, die vom Bundesrat als Revisionsstelle für diesen Zweck anerkannt ist, verfasst wird. Darin muss festgestellt werden, dass die Forderungen der Gläubiger trotz der Herabsetzung des Grundkapitals voll gedeckt sind (Art 732 OR).

Phasen der Kapitalherabsetzung



Zur Erstellung des Revisionsberichtes haben die Prüfer die Wirkung der Kapitalherabsetzung auf den Vermögensstand der Aktiengesellschaft zu untersuchen. Dabei genügt eine formelle Prüfung nicht. Denn zur Beurteilung, ob die Forderungen der Gläubiger durch Aktiven gedeckt sind, gehört insbesondere eine eingehende Untersuchung der Bewertung der Aktiven und die Nachforschung nach eventuellen weiteren Verbindlichkeiten, welche aus der Bilanz nicht ersichtlich sind (materielle Prüfung) [1].

Sobald dieser Bericht vorliegt, kann die Generalversammlung den öffentlich zu beurkundenden Herabsetzungsbeschluss fassen, der automatisch die Aenderung der Statuten zur Folge hat. Dieser Beschluss

---

1) Bürgi N 22 zu Art 732

kann mit dem absoluten Mehr der vertretenen Aktienstimmen gefasst werden (Art 703 OR). In diesem Beschluss ist insbesondere die Form der Kapitalherabsetzung festzuhalten.
Anschliessend hat die Verwaltung den Herabsetzungsbeschluss dreimal im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu veröffentlichen. Damit verbunden hat sie den Gläubigern bekannt zu geben, dass sie innert zwei Monaten, von der dritten Veröffentlichung an gerechnet, unter Anmeldung ihrer Forderungen Befriedigung oder Sicherstellung verlangen können (Art 733 OR).
Bevor die Kapitalherabsetzung ins Handelsregister eingetragen werden kann, muss in einer öffentlichen Urkunde die Erfüllung obgenannter Vorschriften (GV - Beschluss, Revisionsbericht, dreimalige Veröffentlichung, Ablauf der Sperrfrist, Befriedigung bzw. Sicherstellung der Gläubiger) festgestellt werden.

3.3.1.2. Fall der Unterbilanz

Im Falle der Kapitalherabsetzung zur Beseitigung einer Unterbilanz sieht das Gesetz in Art 735 OR ein vereinfachtes Verfahren vor, das ohne Aufforderung an die Gläubiger und deren Befriedigung bzw. Sicherstellung durchgeführt werden kann. Voraussetzung für dieses vereinfachte Verfahren ist jedoch, dass die Unterbilanz wirklich durch Verluste entstanden ist und dass die Kapitalherabsetzung nur im Umfang dieser Unterbilanz erfolgt. Sonst besteht die Gefahr, dass das den Gläubigern haftende Gesellschaftsvermögen unter Umgehung der besonderen Schutzvorschriften gemäss Art 733 und 734 OR vermindert wird. Nur im Falle der Herabsetzung zu Sanierungszwecken ist es möglich, den Nennwert der Aktien unter Fr. 100.-- zu senken (Art 622 OR). Ebenso ist es in diesem Falle zulässig, das Stimmrecht entsprechend dem ursprünglichen Nennwert beizubehalten.

3.3.2. Formen der Kapitalherabsetzung

Die Herabsetzung des Grundkapitals hat zwangsweise eine entsprechende Verminderung der Summe der Nennwerte aller Aktien zur Folge. Diese Verminderung erfolgt entweder durch eine Verkleinerung des Nennwertes der Aktien oder durch eine Herabsetzung der Anzahl der Aktien.
Die im folgenden kurz dargestellten Formen der Kapitalherabsetzung wurden in der Praxis entwickelt, denn das Gesetz schreibt nicht vor, auf welche Art und Weise die Summe der Nennwerte vermindert werden soll.

3.3.2.1. Verminderung des Nennwertes

Wird die Summe der Nennwerte durch dieses Verfahren vermindert, so werden, falls nur gleichartige Aktien (betreffend Nennwert und Kategorie) bestehen, diese alle um den gleichen Betrag herabgesetzt. Bestehen in der gleichen Aktionärskategorie Aktien mit verschiedenem Nennwert, so werden diese (gemäss dem Prinzip der relativen Gleichbehandlung) proportional herabgesetzt. Bestehen verschiedene Kategorien von Aktien, so ist darauf zu achten, dass eine angemessene Beziehung zwischen den beiderseits gebrachten Opfern hergestellt wird.

Die durch diese Form der Kapitalherabsetzung bedingte Aenderung der Aktientitel erfolgt entweder durch Abstempelung oder durch Umtausch der Aktien [1].

1) vgl. Bürgi N 29 zu Art 732; Mosimann, S. 26; Siegwart N 36 ff zu Art 654 - 656

3.3.2.2. Verminderung der Anzahl der Aktien

Diese Form der Kapitalherabsetzung ist möglich durch Rückkauf oder Amortisation.

a) Rückkauf von Aktien

Art 659 OR erlaubt in gewissen Ausnahmefällen, so auch bei der Kapitalherabsetzung, den Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft. Die Gesellschaft ist verpflichtet, die so gekauften Aktien sofort zu vernichten (Art 659 Abs 2 OR).
Die Problematik dieser Form der Herabsetzung liegt darin, dass die Aktionäre nicht zum Verkauf gezwungen werden können, womit eine erfolgreiche Herabsetzung in Frage gestellt wird.

b) Amortisation von Aktien

Bei der Amortisation wird das Grundkapital dadurch herabgesetzt, dass diejenige Anzahl von Aktien, deren Wert dem Betrag der Herabsetzung entspricht, gegen Erstattung des Kurs- oder Nominalwertes eingezogen wird (durch Auslosung oder Kündigung) [1].

Da dies eine Entziehung des wohlerworbenen Mitgliedschaftsrechtes bedeutet, ist eine Amortisation nur zulässig, wenn sie in den ursprünglichen Statuten vorgesehen ist oder später durch einstimmigen Beschluss in diese aufgenommen wurde.

---

1) Mosimann, S. 30

3.4. Kapitalerhöhung

Die Gründe für die Erhöhung des Grundkapitals können sehr verschiedener Art sein: Ausdehnung des Geschäftsbereiches, Verwendung der angehäuften Gewinne, Fusion oder Erwerb einer anderen Unternehmung mit Aktiven und Passiven, Sanierung einer Unternehmung durch Herabsetzung des Grundkapitals entsprechend den erlittenen Bilanzverlusten und gleichzeitige Wiedererhöhung [1].

Zweck der Kapitalerhöhung kann somit sein:

- Beschaffung neuer Mittel
- Umwandlung von Reserven, unverteilten Gewinnen oder Schulden in Aktienkapital
- sowohl Beschaffung neuer Mittel als auch Verschiebung innerhalb der Passiven.

Jede Kapitalerhöhung (mit oder ohne Zuführung neuer Mittel) bedeutet gegenüber den Gläubigern eine Erweiterung der Garantiefunktion des Grundkapitals, weil die Gesellschaft über dieses (im Gegensatz zu freien Reserven) nicht unbeschränkt verfügen kann. Kein Aktionär kann sich einem dem Gesetz und den Statuten entsprechenden Erhöhungsbeschluss widersetzen, indem es ein wohlerworbenes Recht auf Beibehaltung des bisherigen Grundkapitals nicht gibt [2].

Doch ist er nicht verpflichtet, an der Kapitalerhöhung teilzunehmen, denn die Leistungspflicht des Aktionärs beschränkt sich auf die Liberierung des von ihm gezeichneten Aktienkapitals (Art 680 OR).

---

1) Guhl / Merz / Kummer, S. 607

2) BGE 26 II 432

Zur Durchführung der Kapitalerhöhung stehen der Gesellschaft zwei Möglichkeiten offen:

- Ausgabe neuer Aktien
- Erhöhung des Nennwertes der bestehenden Aktien.

3.4.1. Kapitalerhöhung durch Ausgabe neuer Aktien

Im Gegensatz zur Kapitalerhöhung durch Heraufsetzung des Nennwertes wird die Kapitalerhöhung durch Ausgabe neuer Aktien im Gesetz ausdrücklich geregelt (Art 650 ff OR). Dabei sind, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt, die für die Gründung der Gesellschaft geltenden Vorschriften zu beachten (Art 650 Abs 1 OR). Immerhin kann dies nur der Fall sein, soweit nicht aus der Natur der Sache anderes gilt [1]. So bestreitet zum Beispiel von Steiger [2] die Möglichkeit der Anwendung der Termini Simultan- und Sukzessivgründung, die nur für das Verfahren bei der Errichtung einer Aktiengesellschaft Geltung haben. Vielmehr plädiert er für eine Unterscheidung zwischen einer Kapitalerhöhung mit und ohne öffentlicher Zeichnung einerseits und einer Kapitalerhöhung mit einem oder zwei Generalversammlungsbeschlüssen anderseits.
Das Gesetz geht in Art 653 OR davon aus, dass zwei Generalversammlungen stattfinden. Dabei hat die erste den eigentlichen Erhöhungsbeschluss zu fassen und die zweite die Zeichnung und erforderliche Liberierung der neuausgegebenen Aktien festzustellen. Der Erhöhungsbeschluss wird (vorbehältlich anderslautender gesetzlicher oder statutarischer Bestimmungen) mit einfacher Mehrheit gefasst und muss als

1) v. Steiger, Aktiengesellschaft, S. 293

2) ebenda

Statutenänderung in das Handelsregister eingetragen werden, sobald auch der Beschluss der zweiten Generalversammlung vorliegt (Art 653 OR).
Durch den Erhöhungsbeschluss wird die Verwaltung verpflichtet, für die Durchführung der Kapitalerhöhung zu sorgen, wobei ihr je nach dem Inhalt des Beschlusses bei der Festsetzung der Einzelheiten mehr oder weniger Spielraum gelassen ist [1]. Dazu gehören vor allem die Ausarbeitung des Berichtes gemäss Art 630 OR über Sacheinlagen, Sachübernahmen und Gründervorteile (bei Sukzessivkapitalerhöhung) sowie des Prospektes gemäss Art 651 OR, wenn die neuen Aktien öffentlich zur Zeichnung angeboten werden.

Der Erhöhungs- und der Feststellungsbeschluss können in die gleiche Versammlung verlegt und auch in einem einzigen Akt verurkundet werden, wenn die Anordnungen, die normalerweise zwischen die beiden Beschlüsse sich einschieben, bedingterweise schon dem Erhöhungsbeschluss vorausgehend getroffen werden. Praktisch ist das bei Gesellschaften mit wenig Mitgliedern möglich durch die Beschreitung des Simultanverfahrens, bei grösseren Gesellschaften, indem die Aktien zunächst durch Banken übernommen und dann von diesen den eigentlichen Bezugsberechtigten zur Verfügung gestellt werden [2].
Werden im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung Vorzugsaktien oder Genussscheine ausgegeben, so sind die Art 648, 654 - 658 und 683 OR über qualifizierte Beschlussfassung, Sonderversammlung etc. zu beachten.
Erfolgt die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, so ist dies nichts anderes als ein buchtechnischer Vorgang der Ueberführung einer

---

1) Siegwart N 33 zu Art 650

2) Siegwart N 40 zu Art 650

Bilanzziffer aus der Rubrik Reserven in die Rubrik Aktienkapital (Gratisaktien) [1]. Dieses Verfahren der Kapitalerhöhung beschränkt sich auf den Beschluss über die Statutenänderung und den Eintrag ins Handelsregister.

Was den statutenändernden Beschluss der Generalversammlung anbelangt, so bleibt nach Schluep [2] fraglich, ob dieser mit einfacher Mehrheit gefasst werden können oder ob es hiefür der Zustimmung aller Aktionäre bedürfe.

Die Frage muss unterschiedlich beantwortet werden, je nachdem, ob die Liberierung der Gratisaktien aus den freien Reserven der Gesellschaft oder aus dem Jahresgewinn erfolgt. Einer Erhöhung des Grundkapitals aus Mitteln, die zur Dividendenausschüttung bestimmt sind, steht das wohlerworbene Dividendenrecht des Aktionärs entgegen. Dividenden müssen grundsätzlich in bar ausbezahlt werden. Eine Ausgabe von Gratisaktien an Zahlungsstatt ist nur mit der Zustimmung der Berechtigten zulässig [3].

Anders ist die Sachlage, wenn die Erhöhung mit freien Reserven der Gesellschaft bestritten wird: da der Aktionär kein wohlerworbenes Recht auf Beibehaltung der bisherigen Gesellschaftsreserven hat, kann die Generalversammlung mit einfacher Mehrheit über diese Reserven verfügen und sie mithin auf dem Beschlussweg auch als Quelle zur Ausgabe von Gratisaktien heranziehen.

---

1) Siegwart N 7 zu Art 650

2) Schluep, Aktionärsrechte, S. 224

3) anderer Meinung: Siegwart N 5 zu Art 650

3.4.2. Kapitalerhöhung durch Heraufsetzung des Nennwertes der bestehenden Aktien

Nach BGE 67 II 111 besteht die Möglichkeit, eine Kapitalerhöhung durch Heraufsetzung des Nennwertes der bestehenden Aktien durchzuführen. Dadurch vereinfacht sich die Durchführung der Kapitalerhöhung insofern, als nur noch Erhöhungs- und Ausführungsbeschluss (gegebenenfalls durch eine einzige Versammlung), öffentliche Beurkundung und Eintragung im Handelsregister notwendig sind.
Hat die Kapitalerhöhung den Zweck der Beschaffung neuer Mittel (also nicht bloss eine Verschiebung innerhalb der Passiven), so muss Art 680 OR berücksichtigt werden, der eine weitergehende Leistung als die, zu der sich der Aktionär bei der Aktienzeichnung verpflichtet hat, ausschliesst. Doch führt deswegen die Weigerung einzelner Aktionäre nicht zur Nichtigkeit des Erhöhungsbeschlusses: die zustimmenden Aktionäre sind an den von der Generalversammlung gefassten Beschluss gebunden [1].
Auch nach der Kapitalerhöhung durch Heraufsetzung des Nennwertes der bestehenden Aktien muss der liberierte Betrag gemäss Art 633 OR mindestens 20 % des erhöhten Aktienwertes ausmachen.
Erfolgt die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, so sind allein der statutenändernde Generalversammlungsbeschluss und die Eintragung im Handelsregister notwendig.
Bezüglich Recht des Gesellschafters, statt der Nennwerterhöhung Barauszahlung zu verlangen, gilt analog das unter 3.4.1. (letzter Abschnitt) Gesagte.

---

1) vgl. Schluep, Aktionärsrechte, S. 224 ff; Siegwart N 22 zu Art 650

3.4.3. Bezugsrecht des Aktionärs

Jeder Aktionär ist berechtigt, einen seinem bisherigen Aktienbesitz entsprechenden Teil der neuen Aktien zu beanspruchen, soweit nicht die Statuten oder der Beschluss über die Erhöhung des Grundkapitals etwas anderes bestimmen (Art 652 OR). Das Bezugsrecht stellt für den Aktionär ein vermögenswertes Recht dar, das für diesen von grossem Interesse sein kann, weil der Ausgabepreis der neuen Aktien üblicherweise unter dem Markt- bzw. Börsenwert liegt.
Doch stellt diese kein wohlerworbenes Recht dar, kann es doch durch die Statuten oder den Kapitalerhöhungsbeschluss entzogen werden. Eine Beseitigung des Bezugsrechts liegt jedoch nicht vor, wenn, wie dies häufig geschieht, der Erhöhungsbetrag von einem Konsortium, einer Bank oder sonst einer der Aktiengesellschaft nahestehenden Seite gezeichnet und liberiert wird mit der Verpflichtung, die neuen Aktien alsdann den bisherigen Aktionären nach Massgabe ihrer bestehenden Beteiligung anzubieten [1].
Wird den Aktionären das Bezugsrecht durch Generalversammlungsbeschluss entzogen, so darf dies nicht willkürlich erfolgen und darf weder direkt noch indirekt den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Aktionäre verletzen.
Ein Entzug des Bezugsrechtes steht nach Schluep [2] natürlich dann ausser Frage, wenn das Kapital durch Ausgabe von Gratisaktien erhöht wird. In einem solchen Falle erwächst der Anspruch auf

---

1) v. Steiger, Aktiengesellschaft, S. 300; BGE 47 II 335

2) Schluep, Aktionärsrechte, S. 229. Gleicher Meinung: Siegwart N 11 zu Art 652. Anderer Meinung: Ott, S. 74, der darauf hinweist, dass zwischen der Emission von Gratisaktien und der Emission von Aktien zu einem relativ niedrigen Preis lediglich ein quantitativer Unterschied bestehe und dass auf Grund der geltenden Bestimmungen auch an Gratisaktien das Bezugsrecht kein wohlerworbenes Recht darstelle.

Gratisaktien den bisherigen Aktionären automatisch mit dem Eintrag in das Handelsregister.
Kein Bezugsrecht haben die Aktionäre auf Aktien, die die Gesellschaft gemäss Art 659 OR erwirbt und wieder veräussert.

3.5. Uebernahme eines Geschäftes

Nach dem Wortlaut der Marginale zu Art 181 OR regelt dieser die Uebernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes. Bei genauerer Betrachtung behandelt Art 181 OR jedoch nur den Uebergang der Schulden, das heisst der Passiven. Die Aktiven werden auf dem Wege der Singularsukzession nach den einzelnen, für sie geltenden Gesetzesbestimmungen übertragen.
Obwohl ein Geschäft im Sinne von Art 181 OR eine Gesamtheit (universitas iuris) darstellt, erfolgt dessen Uebertragung nicht auf dem Wege der Universalsukzession (= Gesamtnachfolge). Denn im Begriff der Universalsukzession liegt es, dass alle zu dieser Gesamtheit gehörenden Rechte durch einen Vorgang - uno actu - auf den neuen Träger übergehen. Gerade dies schliesst jedoch Art 181 Abs 2 OR (Weiterhaftung des Veräusserers) aus [1].

3.5.1. Die Geschäftsübernahme nach Art 181 OR

Art 181 OR regelt den Uebergang der Schulden bei Uebernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes.
Das Geschäft ist nach Vuille [2] ein aus Aktiven und Passiven

---

1) vgl. Buchli, S. 60; des Gouttes, S. 26; Vuille, S. 96 ff
2) Vuille, S. 92

bestehender Komplex von Vermögenswerten, den man jedoch nicht als blosse Summe einzelner Werte, sondern als geschlossene, durch einen engen funktionellen Zusammenhang bedingte, Einheit erfassen muss.

Voraussetzungen des Eintritts der Wirkungen gemäss Art 181 OR sind [1]:

- Uebernahme eines Vermögens oder eines Bruchteiles eines Vermögens. Geschäfts- bzw. Vermögensübernahme liegt jedoch auch dann vor, wenn sich der Veräusserer die Uebertragung einzelner Aktiven oder Passiven vorbehält
- Uebernahme sowohl der Aktiven als auch der Passiven, das heisst, der Uebernehmer hat dem Veräusserer das Befreiungsversprechen gemäss Art 175 OR zu geben
- Die Uebernahme der Aktiven und Passiven muss den Gläubigern mitgeteilt werden.

Der wichtigste Unterschied der Schuldübernahme gemäss Art 181 OR gegenüber der privativen Schuldübernahme gemäss Art 176 OR besteht darin, dass erstere ohne Zustimmung der Gläubiger zum Schuldübergang ex lege führt. Zum Schutze der Gläubiger haftet dafür der veräussernde solidarisch mit dem erwerbenden Schuldner während zweier Jahre von der Mitteilung an die Gläubiger (bei fälligen Forderungen) bzw. des Eintritts später fällig werdender Forderungen an gerechnet.

3.5.2. Die Uebertragung von Aktiven

Da die Uebernahme eines Geschäftes auf dem Wege der Singularsukzession zu erfolgen hat, muss jedes Aktivum nach den für dieses geltenden Gesetzesbestimmungen übertragen werden.

---

1) vgl. v. Tuhr / Escher, S. 395 ff

Die wichtigsten Arten von Aktiven und deren gesetzliche Uebertragungsbestimmungen werden im folgenden kurz aufgezählt:

Bewegliche Sachen

Zum Uebergang des Eigentums an beweglichen Sachen bedarf es einerseits eines rechtsgültigen (formfreien) Vertrages und anderseits der Uebertragung des Besitzes an den Erwerber (Art 714 und 922 ZGB).

Unbewegliche Sachen

Im Gegensatz zur Uebertragung von Fahrnis wird für den Uebernahmevertrag bei Grundstücken die öffentliche Beurkundung verlangt (Art 657 ZGB). Das Eigentum geht nicht durch blosse Besitzesübertragung, sondern durch Eintrag in das Grundbuch auf den Erwerber über.

Forderungen

Die Uebertragung von Forderungen erfolgt durch schriftliche Zession und bedarf nicht der Einwilligung des Schuldners (Art 164 ff OR). Mit der Forderung gehen die Vorzugs- und Nebenrechte über, mit Ausnahme derer, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind (Art 170 Abs 1 OR).

Bei Geschäftsübertragungen verlangt die Praxis jedoch nicht eine Aufzählung jeder einzelnen Forderung. Vielmehr wird durch Aufnahme einer entsprechenden Klausel im Sacheinlagevertrag, wonach die Globalabtretung aller zum Geschäft gehörenden Forderungen vorgesehen ist, der Formvorschrift (schriftliche Zession) Genüge getan [1].

---

1) Hindermann / Gygax, S. 71

Wertpapiere

Inhaberpapiere werden durch einfache Besitzesübertragung (Art 967 Abs 1 OR), Namenpapiere zusätzlich durch Zession (Art 164 ff OR) und Ordrepapiere zusätzlich durch Indossament (Art 967 Abs 2 und Art 968 OR) übertragen.

3.5.3. Die Uebertragung von Verträgen

Die Vertragsübertragung ist ein Rechtsgeschäft, durch das die Eigenschaft als Partei eines vertraglichen Schuldverhältnisses vom Träger dieser Eigenschaft auf einen Dritten übergeht [1].
Gerade bei der Geschäftsübertragung spielen die Verträge, die meist im Interesse des Geschäftes abgeschlossen wurden (Dienst-, Miet-, Pacht-, Lieferungsverträge etc.) eine bedeutende Rolle: vereinbart der Inhaber eines Geschäftes mit einem Dritten die Uebertragung des Geschäftes mit Aktiven und Passiven auf den letzteren, so ist die Meinung einer solchen Vereinbarung die, dass der Dritte in alles, was das Geschäft ausmacht, also auch die Vertragsverhältnisse, eintrete [2].

Während die Schulden nach Mitteilung an die Gläubiger gemäss Art 181 OR auf den Erwerber übergehen, bedarf die Vertragsübertragung der Zustimmung der Gegenpartei. Diese kann eine ausdrückliche oder eine stillschweigende sein.
Explizit wird dieses Vorgehen in Art 33 OR für den Uebergang des Arbeitsverhältnisses erwähnt.

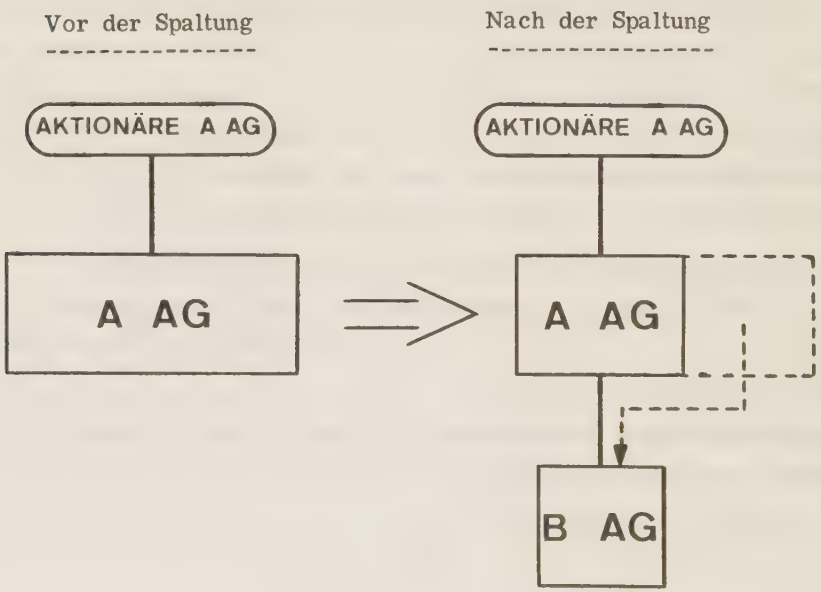
---

1) Früh, S. 1
2) Früh, S. 125

4. Die Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Tochtergesellschaft

Die Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Tochtergesellschaft führt dazu, dass nach der Spaltung zwei rechtlich selbständige Gesellschaften bestehen, die insofern miteinander verbunden sind, als dass sich das Aktienkapital der Tochtergesellschaft vollständig in den Händen der Muttergesellschaft befindet.

Schematisch und mit Hilfe eines vereinfachten Zahlenbeispiels kann diese Form der Spaltung wie folgt dargestellt werden:



Vor der Spaltung

A AG

Bank	300'000	1'000'000	Aktienkapital
Mobilien	500'000	300'000	Reserven
Immobilien	600'000	100'000	Schulden
	1'400'000	1'400'000	

Nach der Spaltung

A AG (Mutter)

Bank	200'000	1'000'000	Aktienkapital
Mobilien	100'000	300'000	Reserven
Immobilien	600'000	100'000	Schulden
Beteiligung an B AG	300'000		
Forderung gegen B AG	200'000		
	1'400'000	1'400'000	

B AG (Tochter)

Bank	100'000	300'000	Aktienkapital
Mobilien	400'000	200'000	Schulden gegenüber A AG
	500'000	500'000	

Die Spaltung bewirkt somit, dass das vormals bestehende Eigentum der Muttergesellschaft an den auf die Tochtergesellschaft übertragenen Aktiven durch die Beteiligung an und - eventuell auch - Forderungen gegenüber der Tochtergesellschaft ersetzt wird.

Die Tochtergesellschaft verfügt über eine eigene juristische Persönlichkeit, wird jedoch von einer andern Gesellschaft beherrscht, und zwar so, dass die Organe der herrschenden Gesellschaft ihren Willen in der beherrschten Gesellschaft voll durchzusetzen vermögen [1].
Im Zusammenhang mit dieser Arbeit sei im engeren Sinne unter Tochtergesellschaft eine Gesellschaft verstanden, deren Beherrschung auf einer Kapitalbeteiligung beruht. Die herrschende Gesellschaft ist die Muttergesellschaft, die zur Holdinggesellschaft wird, wenn deren Zweck und Gegenstand hauptsächlich in der Beteiligung an andern Unternehmen besteht (Art 671 Abs 4 OR und 711 Abs 2 OR). Von einer reinen Holdinggesellschaft spricht man, wenn die Beteiligung an andern Gesellschaften der einzige Zweck ist.
Die Gründung einer Tochtergesellschaft kann ganz verschiedenen Zwecken dienen, so zum Beispiel der rechtlichen Verselbständigung einer Zweigniederlassung, der Ausgliederung der Fabrikationsbetriebe aus einer industriellen Holdinggesellschaft, der Aufgliederung einer Unternehmung in eine selbständige Vertriebsgesellschaft oder der Gründung einer Forschungs- und Lizenzunternehmung [2] (vgl. 2.).
Soll die Spaltung zu einem späteren Zeitpunkt rückgängig gemacht werden, so geschieht dies am einfachsten auf dem Wege der Fusion

---

1) Gauch, S. 37

2) Känzig, Unternehmungsteilung, S. 547

ohne Kapitalerhöhung (Absorption), doch sind auch andere Möglichkeiten, wie Singularsukzession (unechte Fusion) oder Uebernahme des Liquidationsergebnisses (nach vorgängiger Auflösung der Tochtergesellschaft) vorstellbar.

4.1. Durchführung

Die Durchführung der Spaltung einer Aktiengesellschaft mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Tochtergesellschaft lässt sich in folgende drei Stufen aufgliedern:

Vorbereitung (4.1.1.)
↓
Aufspaltungsbeschluss (4.1.2.)
↓
Gründung der Tochtergesellschaft (4.1.3.)

4.1.1. Vorbereitung

In der Vorbereitungsphase geht es in erster Linie darum, die gesamte notwendige Planung und Organisation für die Spaltung durchzuführen. Dazu gehören zum Beispiel:

- Festlegung, welche Aktiven und Passiven auf die neu zu gründende Tochtergesellschaft übergehen
- Bewertung der betreffende Aktiven und Passiven
- Aufstellen der Uebernahmebilanz
- Festlegung, welche Arbeitnehmer künftig für die Tochtergesellschaft arbeiten werden und Mitteilung an diese (Art 333 OR)

- Aufstellen von Bestimmungen über die Spaltung von Abteilungen bzw. über die Abrechnung künftiger gemeinsamer Abteilungen
- Berechnung der Kosten der Aufspaltung
- Besprechungen mit den zuständigen Steuerbehörden
- event. Vorbereitung des Generalversammlungsbeschlusses.

Was die Steuern anbelangt, so geht es dabei insbesondere um die Frage, ob die auf den Aktiven und Passiven bestehenden stillen Reserven steuerfrei von der ursprünglichen auf die neugegründete Gesellschaft übertragen werden dürfen.

In der Praxis der Wehrsteuerbehörden wird von einer Besteuerung der stillen Reserven abgesehen, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind [1]:

- Es muss sich um eine wirkliche Betriebsteilung, d.h. um eine Teilung der Unternehmung in zwei oder mehrere gleichartige Betriebe handeln, die als solche unverändert weitergeführt werden. Die Teilung einer Holdinggesellschaft oder einer Immobiliengesellschaft in mehrere Einzelgesellschaften oder die Aufspaltung einer Handels- oder einer Fabrikationsgesellschaft in eine Betriebs- und eine Immobiliengesellschaft wird nicht als Betriebsteilung anerkannt. Ebensowenig kann von einer steuerlich begünstigten Betriebsteilung die Rede sein, wenn nur einzelne Vermögensbestandteile herausgenommen und "verselbständigt" werden
- Die Teilung darf nicht aus einem steuerlichen Grunde oder zum Zwecke der Liquidation eines Teils der Unternehmung durchgeführt werden. Es muss ihr vielmehr eine betrieblich zu rechtfertigende Entscheidung zugrunde liegen. Um jede Möglichkeit der

---

1) Masshardt, Wehrsteuer, S. 255

Liquidation auszuschliessen, dürfen die Aktien der bisherigen und der neuen Gesellschaft während längerer Zeit (mindestens während 5 Jahren seit der Teilung) nur bei Vorliegen besonderer Umstände veräussert werden

- Jede Nachfolgegesellschaft hat die übernommenen Aktiven und Passiven in ihrer Bilanz zu den bisher steuerlich massgebenden Buchwerten einzustellen und anzuerkennen, dass für künftige Steuerberechnungen auf diese Buchwerte abgestellt wird
- Sie muss ferner den auf sie entfallenden Teil der für die laufende Veranlagungsperiode geschuldeten Wehrsteuer der bisherigen Gesellschaft entrichten und sich in der nachfolgenden Periode die Steuerfaktoren derselben, wiederum für den auf sie entfallenden Teil, als ihre eigenen anrechnen lassen.

4.1.2. Aufspaltungsbeschluss

Im Aufspaltungsbeschluss werden alle wichtigen Daten, die während der Vorbereitungsphase erarbeitet wurden, festgehalten. Aus dem Aufspaltungsbeschluss sollte insbesondere (im Hinblick auf die neu zu gründende Tochtergesellschaft) klar hervorgehen, welche Aktiven und Passiven übertragen werden.

Zuständig für den Aufspaltungsbeschluss ist grundsätzlich die Verwaltung, der es jedoch freisteht, den Beschluss der Generalversammlung zur Genehmigung vorzulegen (vgl. dazu 4.2.1.).

4.1.3. Gründung der Tochtergesellschaft

Die Gründung der Tochtergesellschaft erfolgt durch eine qualifizierte Simultangründung gemäss Art 638 OR (vgl. 3.1.2.).
Eine solche ist deshalb angebracht, weil - mindestens während der Gründungsphase - Identität zwischen den Gründern und den späteren Aktionären besteht. Ob diese Identität auch nach Abschluss der Gründungsphase bestehen bleibt, hängt von betriebsindividuellen Gegebenheiten ab. Doch sind dabei zwei aktienrechtliche Vorschriften zu beachten:

- Für die Gründung wird die Mindestzahl von drei Mitgliedern (natürliche oder juristische) verlangt (Art 625 Abs 1 OR)
- Die Verwaltung der neugegründeten Tochtergesellschaft darf nur aus natürlichen Personen bestehen. Das bedeutet, dass die aufgespaltene Aktiengesellschaft ihre Verwaltungstätigkeit in der Tochtergesellschaft nicht direkt, sondern nur über ihre Vertreter ausüben kann (Art 707 OR, vgl. 4.2.2.1.).

Da die aufgespaltene Aktiengesellschaft als juristische Person die Beteiligung an der Tochtergesellschaft meist zu 100 % in ihrem Eigentum behalten will, ist sie somit gezwungen, die Gründung der Tochtergesellschaft mit Hilfe von Strohmännern (Verwaltungsräte, Direktoren, Treuhandgesellschaften etc.) vorzunehmen. Letztere übertragen ihre Aktien nach der Gründung wieder an die aufgespaltene Aktiengesellschaft, die damit zur Alleinaktionärin (Holdinggesellschaft) der Tochtergesellschaft wird (vgl. dazu 3.1.3. und 4.2.2.).

Eine Sacheinlagegründung und somit eine qualifizierte Gründung (vgl. 3.1.2.) liegt vor, weil das Aktienkapital der neugegründeten Tochtergesellschaft nicht durch Barleistung, sondern durch Einbringung

von Vermögenswerten (des abgespaltenen Teils der ursprünglichen Gesellschaft) liberiert wird. Im Falle der Gründung einer Tochtergesellschaft hat dies insbesondere zur Folge, dass Gegenstand, Bewertung und Anrechnung der Sacheinlage sowie die Person des Sacheinlegers (das heisst die aufgespaltene Aktiengesellschaft) in die Statuten aufgenommen werden müssen (Art 628 Abs 1 OR).

Die Uebernahme des abgespaltenen Teils der ursprünglichen Gesellschaft durch die sich in Gründung befindliche Tochtergesellschaft erfolgt gemäss 3.5., wobei noch zu ergänzen ist, dass eine allfällige Ueberführung von freien Reserven eine rein buchtechnische Transaktion darstellt.
Unnötig und nach Aktienrecht auch nicht zulässig ist eine vorgängige Teilliquidation der ursprünglichen Gesellschaft (vgl. 3.2.1.).

4.2. Juristische Einzelfragen

Unter diesem Kapitel werden einige besondere Aspekte der Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Tochtergesellschaft näher untersucht. Dazu gehören insbesondere:

- während der Aufspaltungsphase:
  - Zuständigkeit für den Aufspaltungsbeschluss (4.2.1.)
- für die Zeit nach der Aufspaltung:
  - Haftung der Mutter- für die Tochtergesellschaft (4.2.2.)
  - Wechselseitige Beteiligungen (4.2.3.)
  - Recht der Aktionäre der Muttergesellschaft auf Auskunft über die Tochtergesellschaft (4.2.4.).

4.2.1. Zuständigkeit für den Aufspaltungsbeschluss

Bei dieser Frage geht es vor allem darum, zu untersuchen, ob die Verwaltung allein oder aber (auf Grund gesetzlicher Vorschriften) die Generalversammlung über den Aufspaltungsbeschluss entscheiden muss.

Das Kapital ist in drei Abschnitte unterteilt:

- Omnipotenz- und Paritätstheorie (Beantwortung der Frage, inwieweit die Generalversammlung in die Kompetenzen der Verwaltung eingreifen darf)
- Anwendung der Art 648 und 649 OR
- Zuständigkeit und Verantwortlichkeit für den Aufspaltungsbeschluss.

4.2.1.1. Omnipotenz- und Paritätstheorie

Nach der Omnipotenztheorie darf die Generalversammlung grundsätzlich alle Entscheide fällen, das heisst, sie darf als oberstes Organ der Aktiengesellschaft beliebig in die Kompetenzen der Verwaltung eingreifen [1].

Nach der Paritätstheorie sind jedem Organ der Aktiengesellschaft gewisse Aufgabenbereiche zugeteilt, für die es allein zuständig ist, und in die die andern Organe nicht eingreifen dürfen. Diese Meinung ist heute in der Lehre [2] vorherrschend.

Das Bundesgericht schwankt in seiner Praxis: in BGE 20 953 plädiert es für die Paritätstheorie, in Praxis 2 (1913) S. 142 eindeutig für die

---

1) vgl. Bürgi N 38 ff Vorbemerkungen zu Art 698 - 731 OR, der eine eingeschränkte Omnipotenztheorie vertritt

2) vgl. Forstmoser / Meier - Hayoz, S. 138; Mohr, S. 32

Omnipotenztheorie und in BGE 78 II 375 wendet es sich wiederum eher der Paritätstheorie zu: " Wo es tunlich und praktisch durchführbar ist, billigt die Rechtssprechung für beschränkte Dauer auch ausserhalb der Verwaltung stehenden Personen oder andern Organen die Verwaltungsbefugnis zu. Das ist mit der Gleichstellung der Gesellschaftsorgane, wenn man sie im Grundsatz bejahen will, durchaus vereinbar. Die wiedergegebenen Richtlinien stellen keine gegenteilige Regel auf, besagen namentlich nicht, dass beispielsweise die Generalversammlung schlechthin und überall für die mangelnde Verwaltung handeln dürfe, sondern wahren lediglich die Möglichkeit, solches Handeln im einzelnen Fall zuzulassen, sofern es als zweckmässig erscheint und die Verhältnisse es gestatten ".

Im neusten Entscheid des Bundesgerichtes im Bereiche der Abgrenzung der Befugnisse zwischen Generalversammlung und Verwaltung (BGE 100 II 384 ff) versucht dieses, einen Mittelweg zwischen den beiden Theorien zu finden, indem es der Generalversammlung einerseits das generelle Recht, sich in die Kompetenzen der Verwaltung einzumischen, abspricht, dieser jedoch das Recht gibt, auf Antrag des an sich zuständigen Organs über Entscheide dieses Organes zu befinden.

Nach Art 721 Abs 2 OR hat die Verwaltung der Aktiengesellschaft deren Geschäftsführung und Vertretung nach aussen zu besorgen. Sie ist befugt, über alle Angelegenheiten Beschluss zu fassen, die nicht der Generalversammlung oder andern Gesellschaftsorganen übertragen sind. Im Innenverhältnis richten sich ihre Befugnisse nach dem Gesetz, den Statuten, dem Reglement und den Beschlüssen der Generalversammlung (Art 721 Abs 1 OR). Eine Verschiebung dieser Kompetenzen würde gegen das zwingende Recht verstossen. Masst sich die Generalversammlung beispielsweise Kompetenzen an, die durch das Gesetz der Verwaltung zustehen, so kann ein entsprechender Beschluss angefochten werden.

Umgekehrt haftet die Verwaltung der Gesellschaft, den einzelnen Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern gegenüber für jede Handlung, mit der sie ihren gesetzlichen Kompetenzkreis über- oder unterschreitet [1].

Das bedeutet, dass die Generalversammlung ihren Einfluss im Kompetenzbereich der Verwaltung niemals aus dem Gesetze, sondern nur aus diesbezüglichen statutarischen Bestimmungen ableiten kann (vgl. Art 698 Abs 2 Ziff 5 und Art 721 Abs 1 OR), womit der Diskussion um die Omnipotenz- und Paritätstheorie die Grundlage entzogen wird. In diesem Sinne schlägt v. Steiger in Art 13 seiner Statuten einer Aktiengesellschaft vor, dass der Generalversammlung die Beschlussfassung über die Gegenstände, die ihr durch das Gesetz oder die Statuten vorbehalten sind (Art 698 OR) oder durch den Verwaltungsrat vorgelegt werden, obliegt.

4.2.1.2. Anwendung der Art 648 und 649 OR

Die Generalversammlung fasst ihre Beschlüsse grundsätzlich mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen (Art 703 OR). Zwei Ausnahmen dieser Regel sind jedoch auch für die Spaltung von Aktiengesellschaften - sofern die Zuständigkeit der Generalversammlung gegeben ist - von Bedeutung, nämlich:

- Art 648 OR, der für die Umwandlung des Gesellschaftszweckes mindestens die Stimmen von zwei Dritteln des gesamten Grundkapitals auf sich vereinigen muss, und
- Art 649 OR, der für den Beschluss über die Verengerung des Geschäftsbereiches eine Generalversammlung verlangt, in der

1) Mohr, S. 32

mindestens zwei Dritteile sämtlicher Aktien (bzw. bei Nichterreichen dieser Zahl ein Dritteil in einer zweiten Generalversammlung) vertreten sind.

Unter Gesellschaftszweck ist dabei nicht der Erwerbszweck (Endzweck) gemeint, der entweder wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Art sein kann (Art 620 Abs 3 OR). Vielmehr ist unter Gesellschaftszweck die weit gefasste Umschreibung dessen zu verstehen, was die Gesellschaft tut und in Zukunft tun wird, um mit dieser und nur dieser Betätigung das sich gesteckte Ziel, den Endzweck, fortlaufend, anzustreben [1]. Dabei ist der Endzweck jeder wirtschaftlichen Aktiengesellschaft das Erzielen von Gewinn und dessen Verteilen unter die Aktionäre.

Im Gegensatz zum Gesellschaftszweck (vgl. Art 648 OR) stellt der Erwerbszweck (Endzweck) ein wohlerworbenes Recht dar und kann nur mit Zustimmung aller Aktionäre geändert werden.

Der Geschäftsbereich (Gegenstand) schliesslich ist das Mittel, genauer ausgedrückt der konkrete Betrieb, mit dem der Zweck erreicht werden soll [2].

Die Unterscheidung zwischen Zweck und Gegenstand sollte, obschon dies in der Praxis selten der Fall ist, klar aus den Statuten ersichtlich sein, damit Diskussionen, ob Art 648 oder 649 OR angewendet werden muss, umgangen werden können.

Diese ist insbesondere auch von Bedeutung für die vertretungsbefugten Organe, die nach aussen eine umfassende Vollmacht haben, indem sie nach Art 718 Abs 1 OR alle Rechtshandlungen vornehmen dürfen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann, nach innen aber

---

1) Gerhard, S. 20 und 47

2) v. Steiger, Aktiengesellschaft, S. 48

verpflichtet sind, sich im Rahmen des statutarischen Tätigkeitsbereiches zu halten.
Generalversammlungsbeschlüsse, jedoch nicht Beschlüsse der Verwaltung, in denen sich die Abweichung vom Gesellschaftszweck manifestiert, können von den Aktionären nach Art 706 OR angefochten werden [1].

Im Falle der Spaltung einer Aktiengesellschaft mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Tochtergesellschaft wird meist weder eine Aenderung des statutarischen Zweckes noch eine Verengerung des Geschäftsbereiches (verstanden als endgültiges Aufgeben eines bisher im Gegenstand der Aktiengesellschaft enthaltenen Geschäftszweiges [2]) vorliegen.

4.2.1.3. Zuständigkeit und Verantwortlichkeit für den Aufspaltungsbeschluss

Als Folgerung aus dem unter 4.2.1.1. und 4.2.1.2. Gesagten ergibt sich, dass für den Aufspaltungsbeschluss grundsätzlich die Verwaltung zuständig und verantwortlich ist. Das bedeutet, dass dieser Beschluss. auch wenn er faktisch zu einer Aenderung des Zweckes bzw. zu einer Verengerung des Geschäftsbereiches führt, nicht zwangsweise der Generalversammlung vorgelegt werden muss.
Vielmehr sind die Art 648 und 649 OR reine Verfahrensregeln, aus denen keine Kompetenzvorschrift abgeleitet werden kann [3].

---

1) vgl. Forstmoser N 19 zu Art 828 OR; v. Greyerz, S. 173; v. Steiger, Aktiengesellschaft, S. 49

2) Gerhard, S. 92

3) v. Greyerz, S. 173

Eine Ausnahme dieser Regel gibt es nur in dem Falle, in dem diesbezügliche Beschlüsse auf Grund statutarischer Bestimmungen der Generalversammlung vorgelegt werden müssen.
Es ist klar, dass diesfalls die Statuten dem wirklichen Zustand angepasst werden sollten, doch kann die Gesellschaft von niemandem hiezu gezwungen werden. Der Handelsregisterführer könnte gestützt auf Art 60 HRegV eine Aenderung des Zweckartikels verlangen, doch wird er die faktische Zweckänderung kaum je in Erfahrung bringen können [1].

Selbstverständlich steht der Verwaltung das Recht zu, ihr wichtig scheinende Fragen der Generalversammlung zum Beschlusse vorzulegen. Letztere fasst ihren Entscheid mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen, sofern nicht eine Aenderung des Gesellschaftszweckes vorliegt (Art 648 und 703 OR).
Der zustimmende Beschluss der Generalversammlung kommt für die Verwaltung einem Ausschluss der Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft gleich [2]. Dieser Haftungsausschluss gilt jedoch nicht gegenüber Aktionären, die dem Entlastungsbeschluss nicht zugestimmt haben (Art 757 OR). Hat der zustimmende Beschluss der Generalversammlung die Entlastung der Verwaltung für den betreffenden Aufspaltungsbeschluss zur Folge, so ist Art 695 OR zu beachten, der festlegt, dass bei Beschlüssen über die Entlastung der Verwaltung Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, kein Stimmrecht haben. Nimmt die Verwaltung trotzdem ihr Stimmrecht wahr, so kann der Generalversammlungsbeschluss wegen Nichtbeachtung gesetzlicher Vorschriften (Art 695 und 706 OR) angefochten werden, womit auch der Ausschluss der Haftung der Verwaltung rückgängig gemacht wird.

---

1) v. Greyerz, S. 173

2) vgl. Rechtssprechung des Bundesgerichtes: gleicher Meinung in BGE 83 II 57, gegensätzlicher Meinung in BGE 100 II 384 ff

4.2.2. Haftung der Mutter- für die Tochtergesellschaft

In diesem Kapitel sind die zwei Fälle, die eine Haftung der Mutter- für die Tochtergesellschaft begründen können, zu untersuchen:

- Haftung der Muttergesellschaft für ihre Vertreter in der Verwaltung der Tochtergesellschaft (4.2.2.2.)
- Haftung der Muttergesellschaft in ihrer Funktion als beherrschende Gesellschaft der Tochtergesellschaft (4.2.2.3.).

Vorgängig ist ein Kapitel der Vertretung juristischer Personen im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft gewidmet.

4.2.2.1. Vertretung juristischer Personen im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft

Wie bereits unter 4.1.3. erwähnt, schliesst das Gesetz die Mitgliedschaft juristischer Personen in der Verwaltung einer Aktiengesellschaft aus (Art 707 OR, Art 41 HRegV). Doch sind an deren Stelle ihre Vertreter (Verwaltungsräte, Direktoren etc.) in die Verwaltung wählbar. Diese müssen im Handelsregister eigetragen werden (Art 720 OR).
Die Vorschrift von Art 707 OR hat jedoch keinerlei Einfluss auf die verschiedenen Aktionärsrechte (Mitgliedschaftsrechte, Vermögensrechte), die der Eigentümerin der Aktien, in diesem Falle also der Muttergesellschaft als juristische Person, zustehen.
Die Gründe, die den Gesetzgeber dazu bewogen haben, einzig natürliche Personen in die Verwaltung zuzulassen, sind darin zu erblicken, dass das für die Aktiengesellschaft äusserst wichtige und für den Amtsträger mit mannigfacher Verantwortung gegenüber einem ausgedehnten Personenkreise (Gesellschaft, Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger)

verbundene gesellschaftliche Amt von genau bestimmten Einzelpersonen höchstpersönlich ausgeübt werden soll, die ihrerseits vom persönlichen Vertrauen der sie wählenden Aktionäre (in unserem Falle der Muttergesellschaft als juristische Person) sowohl bei ihrer Bestellung wie während ihrer ganzen Amtsdauer begleitet werden müssen [1].
Dem Vertreter bzw. den Vertretern der Muttergesellschaft in der Verwaltung der Tochtergesellschaft obliegen grundsätzlich die allgemein gültigen und in Art 712 ff OR festgelegten Rechte und Pflichten. Doch ergeben sich im Zusammenhang mit der Vertretung juristischer Personen (fiduziarischer Verwaltungsrat) verschiedene Besonderheiten, die im folgenden Abschnitt näher betrachtet werden.

4.2.2.2. Haftung der Muttergesellschaft für ihre Vertreter in der Verwaltung der Tochtergesellschaft

Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft (vgl. Art 754 OR) ist vor allem durch den Schutz der Gesellschaftsgläubiger, der Aktionäre und der Gesellschaft selbst begründet. Unter diesem Kapitel ist nun festzustellen, welche Aenderungen an dieser Haftung erfolgen, wenn die Mitglieder der Verwaltung einer Gesellschaft (Tochtergesellschaft) als Vertreter einer andern Gesellschaft (Muttergesellschaft) handeln, das bedeutet insbesondere die Beantwortung der Frage, inwiefern die vertretene juristische Person für ihre Vertreter (Verwaltungsräte, Direktoren etc.) zu haften hat.
Denn die besondere Rechtslage des Vertreters der Muttergesellschaft in der Verwaltung der Tochtergesellschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass er als fiduziarischer Verwaltungsrat die Organstellung im eigenen Namen, aber im Interesse und für Rechnung des Auftraggebers, im

---

1) Schucany, Vertreter, S. 13

einzelnen nach Massgabe der internen Abrede mit diesem (pactum fiduciae) bekleidet. Ferner ist der Auftraggeber, wie jeder Fiduziant, darauf angewiesen, dass der Beauftragte seine "überschiessende" Rechtsmacht (Organstellung) nicht treuwidrig missbraucht und dass er sie auf Verlangen zurücküberträgt [1].

Die Rechtsmacht des fiduziarischen Verwaltungsrates hat somit einen doppelten Rechtsgrund: einerseits den nach aussen in Erscheinung tretenden eingetragenen und publizierten Generalversammlungsbeschluss und anderseits das meist verborgene Dienst-, Auftrags- oder Gesellschaftsverhältnis [2].

Der Verwaltungsauftrag an sich ist weder sittenwidrig im Sinne von Art 27 ZGB noch widerrechtlich im Sinne von Art 20 OR. Denn der Einmanngesellschaft (Tochtergesellschaft) fehlt jedes gesellschaftliche Substrat, kann es also auch keine gesellschaftseigenen Interessen geben, die nach Art 27 ZGB schutzwürdig wären.

Die Widerrechtlichkeit gemäss Art 20 OR ist zu verneinen, weil die Einmanngesellschaft, obschon diese dem Sinn und Geist des Aktienrechts widerspricht, als gesetzesgemässe Gesellschaft behandelt wird. Ist aber die Einmann-Aktiengesellschaft gesetzesgemäss, so verstösst der Verwaltungsauftrag nicht schon wegen der Typabweichung gegen das Aktienrecht (denn als verletzte Norm kommt nicht eine einzelne Vorschrift, sondern das Aktienrecht in seiner Gesamtheit in Betracht) [3].

Auch die Publizitätsvorschrift nach Art 641 Ziff 8 OR wird durch den Verwaltungsauftrag nicht verletzt, denn es muss genügen, dass die Oeffentlichkeit Kenntnis davon nehmen kann, welche Persönlichkeiten

---

1) Gautschi, S. 303; Jäggi, S. 4

2) Gautschi, S. 303

3) Jäggi, S. 4 ff; BGE 85 II 114

für eine bestimmte Aktiengesellschaft in Erscheinung treten und die gesetzliche Verantwortung für ihr Handeln tragen [1].

Wie hat sich nun aber der fiduziarische Verwaltungsrat zu verhalten, wenn der Auftraggeber Vereinbarungen über die Ausübung seiner Funktionen durchsetzt oder nachträglich Weisungen erteilt, die mit Gesetz und Statuten in Widerspruch stehen? Das Aktienrecht ist in dem Sinne zwingend, dass es nicht durch den Willen eines aussenstehenden Vertragskontrahenten beeinflusst werden kann. Entgegengesetzte Vereinbarungen oder Weisungen sind rechtswidrig und daher nichtig [2].

Ist die Rechtsmässigkeit des Verwaltungsauftrages gegeben, so stellt sich vor allem für den Gläubiger der Tochtergesellschaft die Frage, ob der fiduziarische Verwaltungsrat als Beauftragter (im Sinne von Art 394 ff OR) oder als Organ (im Sinne von Art 55 ZGB) zu betrachten ist. Ist er als Beauftragter zu betrachten und handelt er im Interesse der Muttergesellschaft (getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes), so hat er damit bei Eintritt eines Haftungsfalles ein Rückgriffsrecht gegenüber der durch ihn vertretenen juristischen Person (Muttergesellschaft), soweit diese nicht beweisen kann, dass der Schaden ohne ihr Verschulden entstanden ist (Art 398 und 402 OR). Ist er als Organ (doppelte Organstellung) zu betrachten, so wird die Muttergesellschaft ex lege haftbar für sämtliche Handlungen auch dieser Organe, unabhängig davon, ob sie subjektiv ein eigenes Verschulden trifft.
Jedenfalls persönlich haftbar ist der Vertreter, wenn er seine Kompetenzen überschreitet oder Anordnungen der ihn delegierenden Gesellschaft missachtet.

---

1) Jäggi, S. 6

2) Gautschi, S. 303

Meines Erachtens ist die Stellung des fiduziarischen Verwaltungsrates von der Funktion, die dieser innerhalb der ihn delegierenden Gesellschaft erfüllt, abhängig: ist er als Organ der ihn delegierenden Gesellschaft zu betrachten, so bekleidet er auch als fiduziarischer Verwaltungsrat die Stellung eines Organs gemäss Art 55 ZGB. Ist er dagegen nicht als Organ der ihn delegierenden Gesellschaft zu betrachten, so bekleidet er als fiduziarischer Verwaltungsrat die Stellung eines Beauftragten im Sinne von Art 394 ff OR.

4.2.2.3. Haftung der Muttergesellschaft in ihrer Funktion als beherrschende Gesellschaft der Tochtergesellschaft

Die Haftung einer Aktiengesellschaft für ihre Vertreter in der Verwaltung einer andern Aktiengesellschaft gilt unabhängig davon, ob erstere die zweite beherrscht oder an dieser nur in kleinem Umfange beteiligt ist. Hier geht es um die Frage, ob die Muttergesellschaft in ihrer Funktion als beherrschende Gesellschaft einer besonderen Haftung unterliegt, die allein oder zusammen mit der unter 4.2.2.2. beschriebenen Haftung eintreten kann.
Auszugehen ist dabei von dem im Gesetze ausgedrückten Grundsatz der rechtlichen Trennung von Aktiengesellschaft und hinter ihr stehenden Mitgliedern. Dieser gilt prinzipiell auch für das Mutter - Tochter - Verhältnis, obschon hier das Problem auftaucht, dass zwischen den zwei Gesellschaften eine weitgehende wirtschaftliche Identität besteht.

So kann je nach den Umständen und den Problemen, die sich stellen, der Grundsatz der beschränkten Haftung des Aktionärs gewisse Einschränkungen erleiden [1]:

---

1) Caflisch, S. 210 ff; Petitpierre - Sauvain, S. 242; Siegwart N 64 Einleitung; v. Steiger, W., Holdinggesellschaften, S. 273a ff; BGE 72 II 275

- Die Rechtssprechung über den Missbrauch der Trennung der Rechtspersönlichkeiten, welche für Einmanngesellschaften oder individuell beherrschte Gesellschaften gilt, kommt auch für Konzerne zur Anwendung. Die Konzerne, die ihre Struktur missbrauchen (Art 2 ZGB), laufen also Gefahr, dass die Haftung auf die herrschende Gesellschaft ausgedehnt wird (vgl. 3.1.3.)
- Nach dem heutigen Rechtszustand ist es möglich, die Normen über die Verantwortlichkeit der mit der Geschäftsführung betrauten Personen (Art 754 ff OR) auf diejenigen anzuwenden, welche einen Konzern beherrschen, sofern die Konzernleitung Aufgaben erfüllt, die eigentlich der Verwaltung zufallen. Diese Verantwortlichkeit haben nämlich all diejenigen zu tragen, welche als Organe handeln; ob es sich nun um formell bezeichnete Organe handelt oder um solche, die in Tat und Wahrheit die Geschäftsführung innehaben, ist nicht entscheidend
- Die Gefahren, die Dritten drohen, sind im wesentlichen durch die konzerninternen Vermögensverschiebungen bedingt. Fällt eine Tochtergesellschaft in Konkurs, so können die Rechtshandlungen, die diese Verschiebungen erlaubten, mit der Absichtspauliana (Art 288 SchKG) angefochten werden.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass ein Durchgriff durch die Tochter- auf die Muttergesellschaft nur gestattet ist, wenn die rechtliche Trennung offenbar zum Zwecke der Schädigung Dritter in ihren schutzwürdigen Interessen herbeigeführt oder angerufen wird und wenn keine ebenfalls schutzwürdigen Interessen Dritter die Anerkennung der Trennung fordern. Trotz der Lösungsmöglichkeiten, die die heutigen Rechtsvorschriften zulassen, dürfen jedoch die grossen Anwendungsschwierigkeiten dieser Normen nicht übersehen werden [1].

---

1) Homburger, S. 254; Petitpierre - Sauvain, S. 242

4.2.3. Wechselseitige Beteiligungen

Von wechselseitiger Beteiligung wird gesprochen, wenn zwei Aktiengesellschaften so miteinander verbunden sind, dass die eine Aktien der andern besitzt und umgekehrt. In einem Mutter - Tochter - Verhältnis, bei dem die Aktien der Tochtergesellschaft also bereits im Eigentum der Muttergesellschaft sind, kann eine wechselseitige Beteiligung auf zwei Arten erfolgen:

- entweder erwirbt die Tochtergesellschaft bereits bestehende Aktien der Muttergesellschaft,
- oder die Tochtergesellschaft beteiligt sich an einer Kapitalerhöhung der Muttergesellschaft (unter Ausschluss des Bezugsrechts der Aktionäre der Muttergesellschaft).

Ziel der Kapitalerhöhung ist im zweiten Falle jedoch nicht die Neufinanzierung, sondern einzig die Schaffung von Kontrollaktien. Denn obwohl die Kapitalerhöhung bilanziert wird, erhöht die gegenseitige Aktienübernahme die Haftungsbasis nicht weiter, weil die Einlagesumme entweder zwischen den Partnern hin und her wandert und den wirtschaftlichen Effekt der Einzahlung aufhebt oder überhaupt nur buchmässig in Erscheinung tritt [1].

Im folgenden geht es nun um die rechtliche Beurteilung des Erwerbs von Aktien der Mutter- durch die Tochtergesellschaft und anschliessend um die Frage der Vertretung von Aktien wechselseitig beteiligter Gesellschaften an den Generalversammlungen.

---

1) Oesch, S. 144

4.2.3.1. Rechtliche Beurteilung des Erwerbs von Aktien der Mutter- durch die Tochtergesellschaft

Der Erwerb von Aktien der Mutter- durch die Tochtergesellschaft wirft insbesondere die Frage auf, ob dieser der Vorschrift von Art 659 Abs 1 OR unterliegt, der den Erwerb eigener Aktien ausser in gewissen explizit aufgeführten Ausnahmefällen verbietet.
Die Missachtung des Verbotes hat jedoch nicht die Nichtigkeit des Erwerbs zur Folge, indem das Verbot nur den Charakter einer Ordnungsvorschrift hat. Ein Vertrag, der den Erwerb von eigenen Aktien zum Gegenstand hat, ist daher (ausser er verstosse gegen Art 680 Abs 2 OR) nicht widerrechtlich im Sinne von Art 20 OR; wohl aber kann er die Schadenersatzpflicht der handelnden Organe begründen [1].

Bei der rechtlichen Beurteilung des Erwerbs von Aktien der Mutter- durch die Tochtergesellschaft ist davon auszugehen, dass Art 659 Abs 1 und 680 Abs 2 OR die Erhaltung des Grundkapitals und die Verhinderung der Ausschüttung von gebundenem Gesellschaftsvermögen auf dem Wege des Erwerbs eigener Aktien bezwecken [2].
Aus dieser Umschreibung von Art 659 Abs 1 und 680 Abs 2 OR ergibt sich, dass zwei Fälle auseinandergehalten werden müssen:

- die Tochter- kauft die Aktien der Muttergesellschaft mit eigenen Mitteln
- die Mutter- stellt der Tochtergesellschaft einen Teil oder alle der zum Kaufe notwendigen Mittel zur Verfügung.

---

1) Guhl / Merz / Kummer, S. 612; v. Steiger, Aktiengesellschaft, S. 154; Wieland, S. 59; BGE 43 II 293, BGE 60 II 313

2) vgl. v. Steiger, W., Holdinggesellschaften, S. 317a; Wieland, S. 64

Erwirbt die Tochter- die Aktien der Muttergesellschaft mit freien Mitteln, so kann wohl kaum die Rede von einer Einlagerückgewähr und somit der Nichtigkeit des Erwerbs sein [1]. Denn, solange die Tochtergesellschaft die Aktien mit freien Mitteln kauft, liegt auch faktisch keine Verminderung des Grundkapitals der Muttergesellschaft vor. Weder die Gläubiger und Aktionäre der Mutter-, noch die Gläubiger der Tochtergesellschaft werden durch diesen Erwerb geschädigt. Eine Ausnahme dieser Regel liegt vor, wenn der Wert der Aktien der Muttergesellschaft in Folge des Kaufs durch die Tochtergesellschaft sinkt und erstere somit zu Abschreibungen auf der Beteiligung an der Tochtergesellschaft gezwungen wird. In diesem Falle können jedoch die Organe der Muttergesellschaft verantwortlich gemacht werden, sofern diese die Tochtergesellschaft zu dem verlustreichen Erwerb von Aktien der Muttergesellschaft veranlasst und damit indirekt auch die letztere geschädigt haben [2].

Etwas anders liegt der zweite Fall, in dem die Mutter- der Tochtergesellschaft einen Teil oder alle der zum Erwerb notwendigen Mittel zur Verfügung stellt: soweit das freie Vermögen der Tochtergesellschaft zum Erwerb der Aktien der Muttergesellschaft nicht ausreicht, schüttet letztere damit, da sie effektiv keinen andern Gegenwert erhält als eigene Aktien, Gesellschaftsvermögen an ihre Aktionäre aus.

Ob der Kredit der Mutter- an die Tochtergesellschaft aus gebundenem (Grundkapital und gesetzliche Reserven) oder aus ungebundenem Vermögen gewährt wird, spielt dabei in Bezug auf Art 659 Abs 1 OR keine

---

1) Gleicher Meinung: Wieland, S. 61 ff; anderer Meinung: Hettlage, S. 36 ff. Vgl. auch v. Steiger, Aktiengesellschaft, S. 156 und v. Steiger, W., Holdinggesellschaften, S. 316a ff, die den Erwerb von Aktien der Mutter- durch die Tochtergesellschaft dem Erwerb eigener Aktien gleichstellen und diesen somit nur in den in Art 659 Abs 1 OR aufgeführten Ausnahmefällen zulassen

2) Wieland, S. 65

Rolle, denn dieses allgemeine Erwerbsverbot trifft jeden Erwerb eigener Aktien und nicht nur den zu Lasten des gebundenen Vermögens. Eine Einlagerückzahlung gemäss Art 680 Abs 2 OR und somit Nichtigkeit des Erwerbs liegt jedoch nur vor, wenn die Mutter- der Tochtergesellschaft das zum Aktienerwerb erforderliche Geld aus ihrem durch das Grundkapital gebundenen Gesellschaftsvermögen selbst zur Verfügung stellt und die Tochtergesellschaft kein anderes Vermögen zur Deckung des Aktienerwerbs besitzt. Dass formell die Tochtergesellschaft und nicht die Muttergesellschaft selbst die Aktien erwirbt, ändert daran nichts, denn materiell erhalten die verkaufenden Aktionäre in diesem Fall ihren Verkaufspreis aus dem gebundenen Vermögen der Muttergesellschaft, und zwar als Gegenwert für Aktien der Muttergesellschaft, so dass letztere damit dem verkaufenden Aktionär seine Einlage (ganz oder teilweise, je nach Kaufpreis) tatsächlich zurückzahlt [1]. Damit wird selbstverständlich die Verantwortlichkeitsklage gemäss Art 754 OR ermöglicht [2].

4.2.3.2. Vertretung der Aktien wechselseitig beteiligter Gesellschaften an den Generalversammlungen

In einem Mutter - Tochter - Verhältnis geht es hier um die Frage, ob die Tochtergesellschaft die von ihr erworbenen Aktien der Muttergesellschaft in der Generalversammlung der Aktionäre der Muttergesellschaft vertreten darf, oder ob diese Aktien dem Vertretungsverbot gemäss Art 659 Abs 5 OR unterliegen.
Bei der Beurteilung dieser Frage ist grundsätzlich von der rechtlichen Selbständigkeit (juristische Person) der Tochtergesellschaft auszugehen

1) vgl. Wieland, S. 60 ff
2) vgl. Bürgi N 38 zu Art 680 OR

(modifizierte Einheitstheorie), was bedeutet, dass der Vertretung dieser Aktien, auch wenn diese wirtschaftlich der Muttergesellschaft gehören, Art 659 Abs 5 OR nicht entgegensteht. Diese Meinung wird auch vom Bundesgericht vertreten, jedoch nur soweit, als die Tochtergesellschaft einer selbständigen Willensbildung fähig ist, womit die Umstände des Einzelfalles über die Anwendung von Art 659 Abs 5 OR entscheiden [1].

Das Aktienstimmrecht darf ohne zwingende Gründe nicht eingeschränkt werden [2]. Denn auch bei interessierter Mitwirkung eines Aktionärs kann ein Beschluss durchaus gerechtfertigt sein und muss der Gesellschaft nicht zu Schaden gereichen [3]. Deshalb haben die Aktionäre in der Regel auch in eigener Sache Stimmrecht [4].

Indessen darf der Grundsatz der rechtlichen Trennung von Mutter- und Tochtergesellschaft dann nicht mehr aufrechterhalten werden, wenn er dazu führt, dass gesetzliche Vorschriften umgangen werden [5]. Dies ist der Fall, wenn die Tochtergesellschaft die Aktien der Muttergesellschaft nach den Weisungen der Verwaltung der Muttergesellschaft vertritt (unzulässige Beeinflussung der Stimmrechtsverhältnisse, Verletzung von Art 691 OR) [6].

Dadurch erwirbt sich die Verwaltung der Muttergesellschaft die gleiche Machtstellung in der Gesellschaft, wie wenn sie mit den gesellschaftseigenen Aktien das Stimmrecht ausüben könnte, also genau das, was Art 659 Abs 5 OR verhindern will. Deshalb findet dieser Artikel auch

---

1) vgl. Bürgi N 8 zu Art 691 OR; Caflisch; S. 270, BGE 72 II 284

2) Siegwart N 83 Einleitung

3) Siegwart N 81 Einleitung

4) vgl. Bürgi N 4 zu Art 691 OR; Siegwart N 81 Einleitung; BGE 83 II 64

5) Caflisch, S. 271

6) vgl. Bürgi N 6 ff zu Art 691 OR; Caflisch, S. 271 ff; BGE 72 II 283

auf solche Verhältnisse Anwendung [1].
Unterliegen die sich im Eigentum der Tochtergesellschaft befindlichen Aktien der Muttergesellschaft Art 659 Abs 5 OR, so werden diese bei der Berechnung der an der Generalversammlung vertretenen Aktien und damit des absoluten Mehrs nicht mitgezählt [2].

4.2.4. Recht der Aktionäre der Muttergesellschaft auf Auskunfterteilung über die Tochtergesellschaft

Die Kontrollrechte der Aktionäre sind unverzichtbare und wohlerworbene Rechte, auf die diese somit rechtsgültig auf alle Zukunft hin nicht verzichten, und die diesen durch einen Mehrheitsbeschluss der Generalversammlung auf dem Wege einer Statutenrevision weder beschränkt noch entzogen werden können.
Zu den Kontrollrechten gehören:

- Bekanntgaberecht (Art 696 OR)
- Recht auf Auskunfterteilung (Art 697 OR):
  - Recht auf Auskunft (Abs 1)
  - Recht auf Einsicht (Abs 2)
  - Klagerecht auf Auskunfterteilung (Abs 3).

In diesem Kapitel geht es darum, nach einer allgemeinen Beschreibung des Rechtes auf Auskunfterteilung gemäss Art 697 OR die Besonderheiten dieses Rechtes in einem Mutter - Tochter - Verhältnis herauszukristallisieren, denn die Kontrolle der Tochtergesellschaft einer

---

1) vgl. Bürgi N 8 ff zu Art 691 OR; Caflisch, S. 272 f; Siegwart N 182 f Einleitung; v. Steiger, W., Holdinggesellschaften, S. 321a ff; BGE 72 II 275 ff

2) vgl. Bürgi N 7 zu Art 703 OR; Oesch, S. 152; Schucany, Aktienrecht, N 2 zu Art 703 OR; v. Steiger, Aktiengesellschaft, S. 195

juristischen Person ist immer nur eine indirekte, besonders bei der Aktiengesellschaft, weil immer nur die Gesellschaft als solche, das heisst die Verwaltung auf dem laufenden gehalten wird und die Aktionäre der Muttergesellschaft nur am Geschäftsergebnis der Tochtergesellschaft indirekt profitieren [1].

4.2.4.1. Recht auf Auskunfterteilung (Art 697 OR)

Der Gegenstand des Rechts auf Auskunfterteilung ist in Art 697 OR nur unklar beschrieben: nach Art 697 Abs 1 OR können die Aktionäre die Kontrollstelle auf zweifelhafte Ansätze aufmerksam machen und die erforderlichen Auskünfte verlangen, und nach Art 697 Abs 3 OR ist die Gesellschaft verpflichtet, über bestimmte, für die Ausübung des Kontrollrechts erhebliche Tatsachen Auskunft zu erteilen.
Somit erfasst der Gegenstand der Kontrolle bzw. der Auskunfterteilung alles, was zur Bildung eines sachlich fundierten Urteils über die Vermögenslage und die Tätigkeit der Gesellschaft führen kann [2]. Denn das Auskunftsrecht steht dem Aktionär nicht nur zu, um ihm eine richtige Willensbildung in den Angelegenheiten der Gesellschaft zu ermöglichen, sondern vielmehr auch, weil er als Kapitalgeber berechtigt ist, zu erfahren, wie das von ihm zur Verfügung gestellte Kapital verwaltet wird und welches der Erfolg dieser Verwaltung ist [3].

Der Umfang der Auskunftspflicht selbst ist nicht beschränkt, findet jedoch seine Grenzen an der Gefährdung der Gesellschaftsinteressen [4].

1) vgl. v. Greyerz, S. 166

2) Düggelin, S. 49; vgl. auch Schluep, Aktionärsrechte, S. 183 sowie Wyss, S. 85

3) Schluep, Aktionärsrechte, S. 183; Wyss, S. 47 ff

4) Schluep, Aktionärsrechte, S. 183; Wyss, S. 85; Düggelin, S. 50 und 153; BGE 54 II 25

Dabei ist der Ausdruck Geschäftsgeheimnis in Art 697 Abs 2 OR nach Bundesgericht [1] in seinem weiteren Sinne zu verstehen und umfasst alle Tatsachen des wirtschaftlichen Lebens, an deren Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse besteht.

Der Rechtsgrund des Schutzes einer solchen Geheimsphäre ist im Recht der Persönlichkeit auf Schutz gegen unbefugte Verletzung in ihren persönlichen Verhältnissen (Art 28 ZGB) zu suchen. Dieses subjektive Recht an der persönlichen Geheimsphäre im allgemeinen und am Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis im besonderen ist im schweizerischen Recht nicht nur den natürlichen, sondern auch den juristischen Personen zuerkannt (Art 53 ZGB) [2].

Ergänzend zur Wahrung der Gesellschaftsgeheimnisse tritt das allgemeine Verbot des Rechtsmissbrauchs nach Art 2 ZGB hinzu.

Der Nachweis dieses Missbrauchs ist erbracht, wenn belegt werden kann, dass der Aktionär mit seinem Aufschlussbegehren ausschliesslich oder vorwiegend andere Zwecke als den der sachlichen Aufklärung, dass er damit insbesondere nur Konkurrenzinteressen, schikanöse Zwecke, Geschäftsspionageabsichten oder überhaupt Schädigungsabsichten verfolgen will [3].

Weil das Problem des Vorranges der Geheimhaltung oder der Mitteilung im Einzelfall nur schwer und mit keinem starren Massstab gelöst werden kann, sind für die Beurteilung des jeweiligen Umfanges zusätzliche Kriterien heranzuziehen wie [4]:

---

1) BGE 65 I 333

2) Wyss, S. 154 ff

3) Wyss, S. 170

4) Düggelin, S. 52 ff

- die sachliche Begründetheit
- die Sorgfaltspflicht der Verwaltung
- die Konkurrenzgefahr
- der wirtschaftliche und rechtliche Charakter der einzelnen Aktiengesellschaft
- der Zeitpunkt.

a) Recht auf Auskunft (Art 697 Abs 1 OR)

Das Recht auf Auskunft ist ein selbständiges Mitgliedschaftsrecht des Einzelaktionärs und kann somit unabhängig von einem bestimmten Quorum der Generalversammlung oder einer Ermächtigung der Verwaltung ausgeübt werden. Obwohl das Recht auf Auskunft von keinen formellen Voraussetzungen abhängig ist, unterliegt es einer materiellen Beschränkung, indem die Ausübung dort eine Schranke findet, wo eine Schädigung der Aktiengesellschaft mit Bestimmtheit zu erwarten ist [1].

Wird die begehrte Auskunft vom zuständigen Organ verweigert oder ungenügend erteilt, so stehen dem Aktionär zur Erlangung des von ihm gewünschten Aufschlusses noch folgende Rechtsbehelfe zur Verfügung: die Geltendmachung seines Rechts auf Einsicht (Art 697 Abs 2 OR), die unmittelbare Anrufung des Richters gemäss Art 697 Abs 3 OR oder die Antragstellung an die Generalversammlung zur Ernennung besonderer Sachverständiger nach Art 731 Abs 2 OR [2].

---

1) Düggelin, S. 54 ff; Wyss, S. 205; BGE 95 II 157

2) Wyss, S. 210

b) Recht auf Einsicht (Art 697 Abs 2 OR) [1]

Das Recht auf Einsicht ist im Gegensatz zum Recht auf Auskunft weitgehenden Beschränkungen unterworfen, indem es nach Art 697 Abs 2 OR nur ausgeübt werden kann, wenn eine ausdrückliche Ermächtigung der Generalversammlung oder ein Beschluss der Verwaltung vorliegt.
Die Gewährung bzw. Verweigerung der Einsichtnahme liegt ganz im freien Ermessen der betreffenden Organe. Deshalb kann diese auch aus andern Gründen als nur wegen der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses, insbesondere aus Gründen, die in der Person des Aktionärs liegen, verweigert werden.
Das Recht auf Einsicht soll dem Aktionär für die Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Lage der Aktiengesellschaft zusätzliche Informationen und im Falle einer Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht der Verwaltung das für eine Verantwortlichkeitsklage erforderliche Beweismaterial verschaffen können.

c) Klagerecht auf Auskunfterteilung (Art 697 Abs 3 OR) [2]

Die einzige unmittelbare Sanktionsmöglichkeit gegen eine Verletzung der Aufschlusspflicht ist die Ausübung des Klagerechts auf Auskunfterteilung gemäss Art 697 Abs 3 OR. Eine Anfechtungsklage nach Art 706 OR ist nur möglich, wenn die ungenügende oder irreführende Aufschlusserteilung für die Beschlussfassung der Generalversammlung kausal gewesen ist.

---

1) vgl. Düggelin, S. 56 ff; Schluep, Aktionärsrechte, S. 190 ff; Wyss, S. 210 ff

2) vgl. Düggelin, S. 58 ff; Schluep, Aktionärsrechte, S. 269 ff; Wyss, S. 216 ff

Die positiv - materielle Voraussetzung für eine Klage nach Art 697 Abs 3 OR bildet die vorgängige Geltendmachung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts durch den Aktionär. Die negativ - materielle Voraussetzung ist erfüllt, wenn das Begehren um Auskunfterteilung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt wurde oder die erteilten Auskünfte derart unbefriedigend sind, dass eine Verletzung des Auskunftsrechts angenommen werden muss. In formeller Hinsicht darf das Klagebegehren nicht über das hinausgehen, was der Aktionär vorher von der Verwaltung bzw. der Generalversammlung verlangt hat.
Die Anrufung des Richters gemäss Art 697 Abs 3 OR vermag jedoch nur noch einen Teil des dem Aktionär an sich zustehenden Rechts auf Auskunfterteilung durchzusetzen, indem der Richter lediglich eine Aufschlusserteilung in der Form der Verabfolgung beglaubigter Abschriften aus den Geschäftsbüchern oder von Korrespondenzen der Gesellschaft verfügen kann.

Die Problematik des Klagerechts auf Auskunfterteilung besteht darin, dass ein ausserhalb der Aktiengesellschaft stehender Richter beurteilen soll, ob eine konkrete Auskunft die Interessen der Gesellschaft gefährde oder nicht, denn das fiktive Gesellschaftsinteresse des Art 697 Abs 3 OR ist nichts anderes als das Interesse der auskunftspflichtigen Verwaltung, und dieses Interesse geht immer auf Geheimhaltung statt auf Auskunfterteilung [1]. Deshalb sind in der Praxis auch die Klagen auf Auskunfterteilung gemäss Art 697 Abs 3 OR äusserst selten.

---

1) Gautschi / Käfer, S. 107

4.2.4.2. Recht auf Auskunfterteilung im Mutter - Tochter - Verhältnis

Die Frage nach dem Umfang des Rechts auf Auskunfterteilung beschränkt sich in unserem Falle, da sich das Aktienkapital der Tochtergesellschaft vollständig in den Händen der Muttergesellschaft befindet, darauf, inwiefern den Aktionären der Muttergesellschaft über die wirtschaftliche Lage der Tochtergesellschaft Auskunft erteilt werden muss, denn die konzernmässige Verflechtung bietet zahllose Möglichkeiten einer Verschleierung, reicht Hand zu täuschenden Verschiebungen, welche die Aktionärsrechte - namentlich die Vermögensrechte - beeinträchtigen können [1].

Nun ist ohne weiteres zu ersehen, dass angesichts der dürftigen - die spezifisch konzernrechtlichen Verhältnisse nicht bzw. nur im Rahmen von Kapitalbeteiligungen berücksichtigenden - Ausgestaltung des Bekanntgaberechts (Art 696 OR) für den Aktionär alles darauf ankommt, ob er die für ihn wesentlichen Aufschlüsse über Art und Ausmass der konzernrechtlichen Bindungen durch Ausübung seines Auskunftsrechts erlangen kann. Es steht somit zur Frage, ob die Aufschlüsse, die zu fordern der Aktionär nach Art 697 OR berechtigt ist, sich nicht nur auf Angelegenheiten innerhalb der Gesellschaft selbst, sondern auch auf äussere, konzernrechtliche Bindungen erstrecke [2]. Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Tochtergesellschaft eine rechtlich selbständige Gesellschaft darstellt, was bedeuten würde, dass die Aktionäre der Muttergesellschaft nicht berechtigt sind, Auskunft über die wirtschaftliche Lage der Tochtergesellschaft zu verlangen und Einsicht in deren Geschäftsbücher zu nehmen.

---

1) vgl. Schluep, Aktionärsrechte, S. 245

2) Schluep, Aktionärsrechte, S. 247

Zwar dürfen sie unter dem Gesichtspunkt von Art 697 OR von der Verwaltung ihrer eigenen Gesellschaft Aufschluss verlangen über Konzernbindungen, wie Unternehmensverträge, Beteiligungen, Wert dieser Beteiligungen und Dauer der Bindung, solange der Auskunfterteilung nicht die Schranke der Gesellschaftsinteressen bzw. des Verbotes der Rechtsmissbrauchs gegenübersteht [1].

Doch kann dieser Umfang der Aufschlusspflicht den Aktionären der Muttergesellschaft kaum genügen, da die erwähnten Auskünfte durch Manipulationen zwischen den Gesellschaften (Gewinn- und Verlustverschiebungen, Kompensation von Gewinnen und Verlusten zwischen den Gesellschaften, Realisation buchmässiger, fiktiver Gewinn etc.) nurmehr sehr wenig aussagen und den Aktionären nicht erlauben, sich ein Bild über die tatsächliche Lage ihrer Gesellschaft zu machen.

Durch eine (vom Gesetz nicht verlangte) konsolidierte (zusammengefasste) Bilanz (Konzern- oder Gemeinschaftsbilanz) können diese Mängel weitgehend behoben werden. Doch ist die Aufstellung solcher Bilanzen an die Voraussetzungen einer weitgehenden wirtschaftlichen Zusammenarbeit, eines organischen wirtschaftlichen Zusammenhanges sowie gleicher Bilanzstichtage und Buchungs- und Bewertungsgrundsätze gebunden [2].

Liegt eine solche konsolidierte Bilanz nicht vor, so ist der Aktionär, falls er sich über die tatsächliche Lage seiner Gesellschaft und der mit dieser verbundenen Tochtergesellschaft genauer orientieren will, ebenfalls auf das in Art 697 OR statuierte Recht auf Auskunfterteilung angewiesen.

---

1) vgl. Bürgi N 42 zu Art 662 - 663 OR; Caflisch, S. 274; Schluep, Aktionärsrechte, S. 247; Wyss, S. 257 ff

2) vgl. Schluep, Aktionärsrechte, S. 246; Wyss, S. 248

Deshalb muss die Frage nach der gesetzlichen Grundlage für die Ausdehnung der Pflicht zur Auskunfterteilung über Unternehmenszusammenfassungen auf Grund der gleichen gesetzlichen Bestimmungen und Erwägungen, wie sie für das Ausmass der ordentlichen Auskunfterteilung über einzelgesellschaftliche Vorgänge richtungsgebend waren, gelöst werden [1].

Somit besteht zunächst einmal das Recht des Aktionärs, über "zweifelhafte Ansätze" Aufschlüsse zu verlangen (Art 697 Abs 1 OR), worunter vornehmlich Ansätze in den Rechnungsvorlagen - Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung - zu verstehen sind. Damit werden einmal alle jene Beziehungen zu andern Gesellschaften der Aufschlusspflicht unterstellt, die ihren Niederschlag automatisch und zwingend in den Rechnungsvorlagen finden, was vor allem auf Beteiligungen zutrifft [2].

Von noch grösserer Bedeutung ist jedoch Art 697 Abs 3 OR, der eine Auskunfterteilung (unter Vorbehalt der Schranke jeder aktienrechtlichen Offenlegung) über alle, für die Ausübung des Kontrollrechts erheblichen Tatsachen sanktioniert. Als Kriterium für die Bestimmung der Erheblichkeit dient der (wirtschaftliche) Grad der Abhängigkeit oder Bindung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft. Die Intensität dieser Abhängigkeit ist gerade in dem hier beschriebenen Falle (Subordination, Grundkapital der Tochtergesellschaft zu 100 % im Eigentum der Muttergesellschaft) ausgeprägt, so dass daraus die Pflicht der herrschenden Gesellschaft abgeleitet werden kann, ihren Aktionären Auskunft zu erteilen über alle Tatsachen, die das berechtigte Interesse der Aktionäre am Einblick in die Geschäftslage befriedigen können, also auch über die

---

1) Wyss, S. 262

2) Caflisch, S. 276; Wyss, S. 262 ff

der herrschenden Gesellschaft bekannten Verhältnisse bei abhängigen Gesellschaften [1].

Ob dabei als eigentlicher Rechtsgrund der Auskunftspflicht die wirtschaftliche Identität [2] oder die Tatsache, dass die wirtschaftliche Lage der beherrschenden Gesellschaft in starkem Masse von den Verhältnissen bei der abhängigen Gesellschaft mitbestimmt wird [3], herangezogen wird, ist meines Erachtens nicht von Bedeutung, da sich die zwei angefügten Argumente gegenseitig weitgehend bedingen.

Wichtiger scheint mir, dass auch hier, analog zur Beurteilung der Haftung der Mutter- für die Tochtergesellschaft und auch der wechselseitigen Beteiligungen, der wirtschaftliche Gesichtspunkt in den Mittelpunkt gerückt wird, sobald es um die Abgrenzung geht, inwieweit Mutter- und Tochtergesellschaft als eine Einheit bzw. als selbständige Elemente betrachtet werden sollen. Denn die rechtlichen Folgerungen aus solchen, meist rein wirtschaftlich bedingten Gebilden können nicht streng formalrechtlich, sondern nur auf Grund der wirtschaflichen Auswirkungen richtig beurteilt werden.

---

1) vgl. Caflisch, S. 276 f; Schluep, Aktionärsrechte, S. 247 ff; Wyss, S. 263 ff

2) Wyss, S. 271 f

3) Caflisch, S. 276

5. Die Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Schwestergesellschaft

Die Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Schwestergesellschaft führt dazu, dass nach der Spaltung zwei rechtlich selbständige Aktiengesellschaften bestehen, die dadurch miteinander verbunden sind, dass an ihnen die gleichen Aktionäre im bisherigen Verhältnis beteiligt sind.

Diese Umschreibung der Schwestergesellschaft lehnt sich an den steuerlichen Begriff an. Denn zusätzlich zu den unter 4.1.1. (S. 54 f) erwähnten Voraussetzungen für eine steuerfreie Uebertragung der stillen Reserven auf dem abzuspaltenden Teil tritt noch folgender zu berücksichtigender Punkt hinzu:

> An jeder neuen Gesellschaft müssen nach der Teilung die gleichen Personen beteiligt sein wie an der bisherigen; auch darf das Verhältnis ihrer Beteiligung nicht verändert werden. Ferner dürfen keine neuen Beteiligungsrechte ausgegeben werden, die zu einer Beherrschung der einen oder andern Gesellschaft durch einen Dritten führen würden [1].

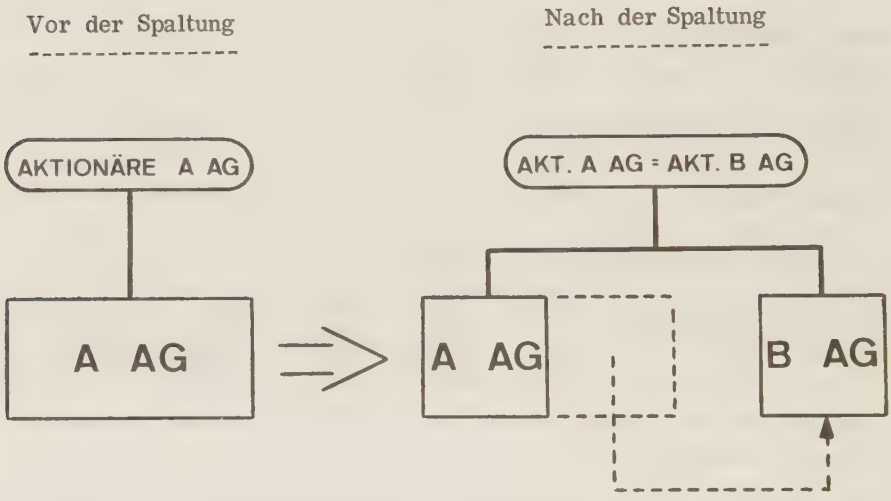
Handelsrechtlich kann der Begriff der Schwestergesellschaft insofern weiter gefasst werden, als dass nicht verlangt wird, dass an beiden Gesellschaften alle bisherigen Aktionäre beteiligt sein müssen. Vielmehr ist denkbar, dass zum Beispiel eine Zweimann - Aktiengesellschaft so aufgespalten wird, dass an den zwei Schwestergesellschaften jeweils nur noch ein Aktionär beteiligt ist. Steuerrechtlich führt diese Form der Spaltung jedoch zur Liquidation und somit Realisierung und Besteuerung aller stillen Reserven [2].

---

1) und 2) Masshardt, Wehrsteuer, S. 255

Deshalb wird im folgenden von der engeren Definition ausgegangen. Auf oben erwähnte handelsrechtliche Möglichkeit sind analog sowohl das direkte als auch das indirekte Verfahren (vgl. 5.1.1. und 5.1.2.) anwendbar.

Schematisch sieht die in diesem Kapitel behandelte Form der Spaltung wie folgt aus:



Die Schwestergesellschaft verfügt also über eine eigene juristische Persönlichkeit und ihr Aktienkapital steht - im Gegensatz zu einer Tochtergesellschaft - nicht im Eigentum der aufgespaltenen Aktiengesellschaft als juristischer Person, sondern im Eigentum der hinter dieser stehenden Aktionäre. Zwischen den Aktionären der neu gegründeten Schwestergesellschaft und der aufgespaltenen Aktiengesellschaft besteht - aus oben erwähntem steuerlichem Zwang - Identität.

Deshalb eignet sich, wie sich im folgenden wiederholt zeigen wird, diese Form der Spaltung meist nur für Gesellschaften mit einer kleinen Zahl von Aktionären.

5.1. Durchführung

Die Durchführung der Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Schwestergesellschaft kann auf zwei Arten erfolgen:

- die aufzuspaltende Gesellschaft gründet mit dem abzuspaltenden Teil eine Tochtergesellschaft (vgl. Kapitel 4), die anschliessend in eine Schwestergesellschaft umgewandelt wird (indirektes Verfahren, 5.1.1.)
- die aufzuspaltende Gesellschaft schüttet den abzuspaltenden Teil aus. Dieser wird als Sacheinlage bzw. -übernahme von der neu zu gründenden Schwestergesellschaft übernommen (direktes Verfahren, 5.1.2.).

Zur Vorbereitung der Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Schwestergesellschaft gehören vor allem folgende, von der Verwaltung der aufzuspaltenden Gesellschaft durchzuführende, Arbeiten:

- Festlegung, welche Aktiven und Passiven auf die neu zu gründende Schwestergesellschaft übergehen
- Bewertung der betreffenden Aktiven und Passiven
- Aufstellen der Uebernahmebilanz
- Wahl des Verfahrens (direkt / indirekt, mit / ohne Kapitalherabsetzung)

- Aufstellen von Bestimmungen über die Spaltung von Abteilungen bzw. über die Abrechnung künftiger gemeinsamer Abteilungen
- Festlegung, welche Arbeitnehmer künftig für die Schwestergesellschaft arbeiten werden und Mitteilung an diese (Art 333 OR)
- Berechnung der Kosten der Aufspaltung
- Besprechungen mit den zuständigen Steuerbehörden
- Vorbereitung eines allfällig notwendigen Generalversammlungsbeschlusses der aufzuspaltenden Aktiengesellschaft.

In den folgenden Kapiteln werden das direkte und das indirekte Verfahren näher betrachtet. Dabei wird, um an das vorangehende Kapitel anknüpfen zu können, zuerst das indirekte Verfahren behandelt.

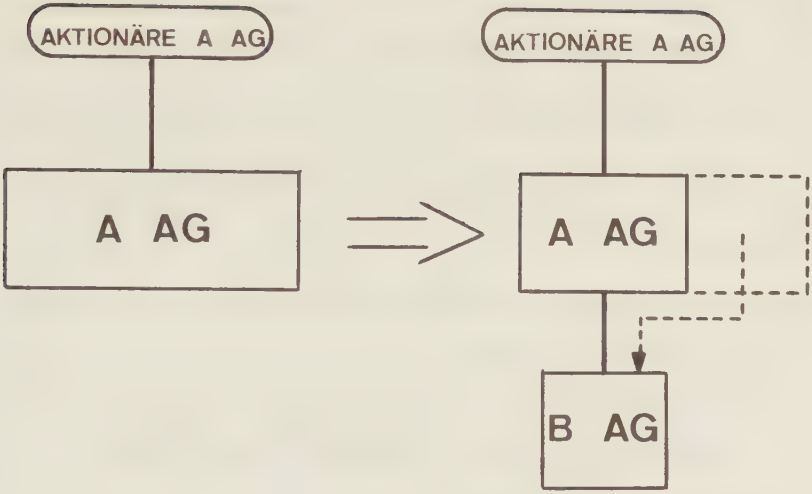
5.1.1. Indirektes Verfahren

Das indirekte Verfahren, die gebräuchlichste Form der Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Schwestergesellschaft, zeichnet sich, wie bereits erwähnt, durch zwei Phasen aus:

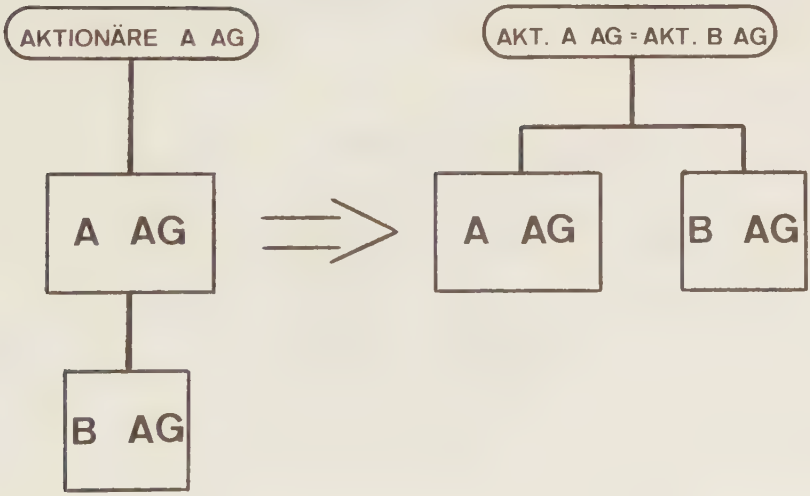
- 1. Phase: Spaltung der Aktiengesellschaft mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Tochtergesellschaft
- 2. Phase: Umwandlung der Tochter- in eine Schwestergesellschaft (mit oder ohne Kapitalherabsetzung bei der aufgespaltenen Gesellschaft).

Bildlich dargestellt:

1. Phase



2. Phase



Was die 1. Phase anbelangt, so kann hierbei auf das 4. Kapitel hingewiesen werden. Im folgenden wird das Bestehen einer Tochtergesellschaft vorausgesetzt und nur noch die 2. Phase, die Umwandlung der Tochter- in eine Schwestergesellschaft, das heisst die Uebertragung der Aktien der Tochtergesellschaft von der aufgespaltenen Gesellschaft (Muttergesellschaft) auf die einzelnen Aktionäre der letzteren, behandelt. Dabei wird angenommen, dass die Muttergesellschaft die Beteiligung an der Tochtergesellschaft zum Nominalwert unter ihren Aktiven eingestellt hat.

Das indirekte Verfahren lässt sich auf folgende Arten verwirklichen:

1) ohne Kapitalherabsetzung
   1a) Heranziehung freier Reserven (bzw. Gewinnausschüttung)
   1b) Beschaffung neuer finanzieller Mittel (Verkauf)
2) mit Kapitalherabsetzung.

Ausgehend von nachstehender vereinfachter Bilanz einer aufzuspaltenden Aktiengesellschaft lassen sich diese Varianten wie folgt darstellen:

Bilanz A AG
vor der Spaltung

Immobilien	1'000'000	1'000'000	Aktienkapital
Mobilien	800'000	600'000	Reserven
		200'000	Schulden
	1'800'000	1'800'000	

Phase 1: Spaltung der Aktiengesellschaft mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Tochtergesellschaft

A AG (Mutter)

Immobilien	1'000'000	1'000'000	Aktienkapital
Mobilien	300'000	600'000	Reserven
Beteiligung an B AG	400'000	100'000	Schulden
	1'700'000	1'700'000	

B AG (Tochter)

Mobilien	500'000	400'000	Aktienkapital
		100'000	Schulden
	500'000	500'000	

Phase 2: Umwandlung der Tochter- in eine Schwestergesellschaft (Bilanzen nach der Durchführung, die Bilanz der B AG bleibt unverändert)

1a) Ohne Kapitalherabsetzung, Heranziehung freier Reserven

A AG

Immobilien	1'000'000	1'000'000	Aktienkapital
Mobilien	300'000	200'000	Reserven
		100'000	Schulden
	1'300'000	1'300'000	

1b) Ohne Kapitalherabsetzung, Beschaffung neuer finanzieller Mittel

A AG

Immobilien	1'000'000	1'000'000	Aktienkapital
Mobilien	300'000	600'000	Reserven
Bank	400'000	100'000	Schulden
	1'700'000	1'700'000	

2) Mit Kapitalherabsetzung

A AG

Immobilien	1'000'000	600'000	Aktienkapital
Mobilien	300'000	600'000	Reserven
		100'000	Schulden
	1'300'000	1'300'000	

Dabei hat die Möglichkeit 1b) (Ohne Kapitalherabsetzung, Beschaffung neuer finanzieller Mittel) bloss theoretischen Wert und wird deshalb im weiteren nicht mehr berücksichtigt. Denn es wird kein Aktionär der A AG bereit sein, für den Erwerb der Aktien der B AG, die ja bereits seiner Aktiengesellschaft (A AG) gehören, neue finanzielle Mittel aufzubringen. Anders wäre die Situation zu beurteilen, wenn zum Beispiel dem Alleinaktionär eine Darlehensforderung gegenüber der A AG zusteht: an Stelle der Beschaffung neuer finanzieller Mittel kann der Verkaufspreis der Beteiligung an der B AG mit der Forderung des Alleinaktionärs gegenüber der A AG verrechnet werden.

Unter Ausschluss der Möglichkeit 1b) zeigt sich neben der Identität der Aktionäre der Schwestergesellschaften auch das zweite Merkmal einer solchen Spaltung, nämlich die Uebereinstimmung der zusammengerechneten Bilanzsummen der Schwestergesellschaften A AG und B AG mit der Bilanzsumme der A AG vor der Spaltung.

5.1.1.1. Ohne Kapitalherabsetzung

Die Umwandlung der Tochter- in eine Schwestergesellschaft bewirkt - bilanzmässig gesehen - bei der aufgespaltenen Gesellschaft in einem ersten Schritt die Verminderung der Aktiven um den Betrag der Beteiligung (=Aktienkapital der Tochtergesellschaft). Diese Verminderung muss in einem zweiten Schritt durch eine betragsgleiche Erhöhung der Aktiven bzw. Herabsetzung der Passiven ausgeglichen werden. Soll dieser Ausgleich ohne Kapitalherabsetzung erfolgen, so bleiben grundsätzlich nur noch die zwei Möglichkeiten:

- Heranziehung freier Reserven
- Beschaffung neuer finanzieller Mittel (Verkauf),

wobei die Beschaffung neuer finanzieller Mittel aus oben erwähntem Grunde nicht mehr weiter betrachtet wird.

Die Umwandlung der Tochter- in eine Schwestergesellschaft durch Heranziehung freier Reserven entspricht dem Tatbestand der Gewinnausschüttung in natura (Naturaldividende).
Die Beschlussfassung über die Ausschüttung der Aktien der Tochtergesellschaft an die Aktionäre der aufgespaltenen Gesellschaft obliegt der Generalversammlung der aufgespaltenen Gesellschaft. Diese fasst ihren Beschluss mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen (Art 703 OR).

In wirtschaftlicher Hinsicht ändert sich am Wert der einem Aktionär gesamthaft zustehenden Aktien durch diese Ausschüttung zu Lasten freier Reserven nichts: die Verminderung des Wertes der Aktien der aufgespaltenen Gesellschaft wird durch den Wert der ausgeschütteten Aktien ausgeglichen.

5.1.1.2. Mit Kapitalherabsetzung

Die Umwandlung der Tochter- in eine Schwestergesellschaft kann auch auf dem Wege der Kapitalherabsetzung der Muttergesellschaft im Umfange der an die Aktionäre auszuschüttenden Beteiligung an der Tochtergesellschaft erfolgen.
Die Kapitalherabsetzung der Muttergesellschaft wird gemäss Art 732 bis 734 OR (vgl. 3.3.1.1.) durchgeführt, was zur Folge hat, dass der ganze Umwandlungsprozess zeitlich stark in die Länge gezogen wird.

Wird die Kapitalherabsetzung beschlossen, so stellt sich die Frage nach deren Form (vgl. 3.3.2.), wobei zu berücksichtigen ist, dass den Aktionären als Entgelt für die Herabsetzung nicht eine Barleistung, sondern die Aktien der Tochtergesellschaft ausgeschüttet werden. Bedenkt man dabei, dass aus steuerrechtlichen Gründen an der neu zu gründenden Schwestergesellschaft die gleichen Aktionäre wie an der Muttergesellschaft im bisherigen Verhältnis beteiligt sein sollten, so zeigt sich - vor allem für Gesellschaften mit einem grösseren Aktionärskreis - die Problematik einer Kapitalherabsetzung durch Verminderung der Anzahl der Aktien:

- Rückkauf: die Aktionäre können nicht zum Verkauf ihrer Aktien gezwungen werden. Damit wird eine erfolgreiche Kapitalherabsetzung in Frage gestellt

- Amortisation: eine allfällige Amortisation muss in den ursprünglichen Statuten vorgesehen sein oder durch Zustimmung aller Aktionäre in diese aufgenommen werden.

Ist somit eine erfolgreiche Kapitalherabsetzung durch Verminderung der Anzahl der Aktien nicht gesichert, so muss diese auf Grund eines mit dem absoluten Mehr der vertretenen Aktienstimmen gefassten Beschlusses der Generalversammlung durch Verminderung des Nennwertes der Aktien erfolgen.
Anschliessend an die Kapitalherabsetzung werden die Aktien der Tochtergesellschaft im Verhältnis zur Verminderung des Nennwertes an die Aktionäre der Muttergesellschaft augeschüttet.

5.1.2. Direktes Verfahren

Das direkte Verfahren zeichnet sich im Gegensatz zum indirekten Verfahren dadurch aus, dass die neue Gesellschaft direkt von den Aktionären der aufzuspaltenden Gesellschaft (als Schwestergesellschaft) und nicht zuerst von letzterer selbst (als Tochtergesellschaft) gegründet wird.
Zur Durchführung sind folgende Möglichkeiten denkbar:

1) Die bestehende Gesellschaft schüttet den abzuspaltenden Teil entweder als

   1a) Naturaldividende oder

   1b) in Folge einer Kapitalherabsetzung

   an ihre Aktionäre aus unter der Bedingung, dass letztere mit diesem Teil eine neue Gesellschaft gründen (Sacheinlagegründung). Bei einer Einmann-Aktiengesellschaft ist auch die Verrechnung des auszuschüttenden Teils mit einer allfälligen Darlehensforderung des Alleinaktionärs gegenüber der Gesellschaft vorstellbar

2) Die Aktionäre der bestehenden Gesellschaft gründen eine neue Gesellschaft, die anschliessend den abzuspaltenden Teil von der bestehenden Gesellschaft erwirbt (Sachübernahmegründung)

3) Die Aktionäre der bestehenden Gesellschaft zeichnen die Aktien der von ihnen zu gründenden Schwestergesellschaft. Die Liberierung der Aktien erfolgt mit dem abzuspaltenden Teil (Sacheinlage) auf Grund eines Liberierungsversprechens durch die bestehende Gesellschaft. Diese Methode setzt bei der bestehenden Gesellschaft eine vorangehende Kapitalherabsetzung (bzw. den Beschluss über eine Dividendenausschüttung) im Umfange des Aktienkapitals der neu zu gründenden Schwestergesellschaft voraus.

Dabei sind als realistische Varianten einzig die Möglichkeiten 1b) und 3) zu betrachten. Denn die Möglichkeit 1a) hätte zur Folge, dass die Aktionäre den an sie ausgeschütteten Teil der aufzuspaltenden Gesellschaft als Einkommen versteuern müssten, und die zweite Möglichkeit wäre insofern illusorisch, als die Aktionäre für etwas, das ihnen ja bereits gehört, zusätzliche Kapitalien (zur Gründung der neuen Gesellschaft) aufbringen müssten (vgl. dazu 5.1.1.).

Mit Hilfe vereinfachter Bilanzen können die Möglichkeiten 1b) und 3) wie folgt dargestellt werden:

Vor der Spaltung

A AG

Immobilien	1'000'000	1'000'000	Aktienkapital
Mobilien	800'000	600'000	Reserven
		200'000	Schulden
	1'800'000	1'800'000	

Nach der Spaltung

A AG

Immobilien	1'000'000	600'000	Aktienkapital
Mobilien	300'000	600'000	Reserven
		100'000	Schulden
	1'300'000	1'300'000	

B AG

Mobilien	500'000	400'000	Aktienkapital
		100'000	Schulden
	500'000	500'000	

Die Problematik der Variante 1b) besteht darin, dass einem Minderheitsaktionär wohl eine Kapitalherabsetzung aufgedrängt werden kann, er jedoch nicht gezwungen werden kann, die ausgeschütteten Aktiven als Sacheinlage in eine neu zu gründende Aktiengesellschaft einzubringen. Deshalb kann die Durchführung dieser Variante nur erfolgreich sein, wenn ihr alle Aktionäre zustimmen, womit sich praktisch eine Beschränkung auf Gesellschaften mit einem kleinen Aktionärskreis ergibt.

Da diese Problematik bei der Variante 3) weniger gross ist (die Liberierung erfolgt durch die aufzuspaltende Gesellschaft), ist diese als realistischer zu betrachten.

Sucht man die Gemeinsamkeiten der Varianten 1b) und 3), so können analog zu 5.1.1. wiederum die zwei besonderen Merkmale der in diesem Kapitel behandelten Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Schwestergesellschaft, nämlich

- Identität der Aktionäre und
- Uebereinstimmung der zusammengerechneten Bilanzsummen der Schwestergesellschaften A AG und B AG mit der Bilanzsumme der A AG vor der Spaltung

gefunden werden.

5.2. Juristische Einzelfragen

Durch die Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Schwestergesellschaft wird der abgespaltene Teil rechtlich verselbständigt. Dabei sind die zwei Gesellschaften dadurch gekennzeichnet, dass an ihnen die gleichen Aktionäre beteiligt sind (indirekte Bindung). Nun kann es jedoch - vor allem langfristig - sinnvoll sein, die zwei Gesellschaften auch durch mehr oder weniger weitgehende wirtschaftliche und rechtliche Verflechtungen (direkte Bindungen) aneinander zu binden, sei dies durch

- statutarische Abhängigkeit (5.2.1.) oder durch
- vertragliche Abhängigkeit (5.2.2.).

Der Grund für direkte Bindungen liegt insbesondere darin, dass sich im Laufe der Zeit der Kreis der an den Schwestergesellschaften beteiligten Aktionäre (durch Verkauf, Erbschaft etc.) verändern kann. Dadurch wird die im Zeitpunkt der Spaltung bestehende Identität zwischen den Aktionären der zwei Gesellschaften und damit die indirekte Bindung zwischen den letzteren gefährdet.

Durch die direkten Bindungen zwischen den Gesellschaften können die zwischen ihnen bestehenden Beziehungen langfristig und weitgehend ohne Beeinflussung durch ihre Aktionärskreise gefestigt und gesichert werden.

In den folgenden Abschnitten geht es nun darum, einerseits die Möglichkeiten der direkten Bindung zwischen Schwestergesellschaften und anderseits auch die rechtlichen Grenzen dieser Bindungen aufzuzeigen.

5.2.1. Statutarische Abhängigkeit

Unter statutarischer oder organisatorischer Abhängigkeit versteht man die auf Grund der Einräumung gewisser Drittrechte in den Statuten entstandene Abhängigkeit [1]. Diese weist im Vergleich zu einer stimmenmässigen Abhängigkeit (Beteiligung) insbesondere den Nachteil auf, dass sie, da sie in den Statuten festgehalten ist, nicht geheim gehalten werden kann. Dennoch kann sie in gewissen Fällen sinnvoll sein, so zum Beispiel zur Legalisierung und Zementierung eines bereits bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses [2].

Im folgenden sollen nun vier in diesem Hinblick besonders wichtige Statutenbestimmungen auf ihre Rechtsmässigkeit untersucht werden:

1) das statutarische Recht auf Bestellung und Abberufung von Organen
2) das statutarische Recht auf unmittelbaren Einfluss auf die Geschäftsführung
3) das statutarische Recht eines Dritten auf Verfügung über den Reingewinn

---

1) Caflisch, S. 124

2) vgl. Tappolet, S. 105

4) statutarische Zweckbestimmung zugunsten einer andern Gesellschaft.

Dabei wird die genauere Untersuchung dieser Punkte zeigen, dass die Privatautonomie zur Ausgestaltung des Statuteninhaltes nicht schrankenlos sein kann. Vielmehr bestimmt das Gesetz mit der zwingend vorgegebenen Organisation der Aktiengesellschaft die Schranke der Abhängigkeit [1].

Durch Statutenbestimmungen allein ist eine konzernmässige Abhängigkeit nicht zu erreichen. Einzig die Formulierung des Gesellschaftszweckes zugunsten einer andern Gesellschaft (vgl. 5.2.1.4.) vermag ein zentrales Problem zu lösen, nämlich die Geschäftsführung im Interesse einer andern Gesellschaft zu legalisieren, wobei jedoch die Aktionäre durch die erforderliche Einstimmigkeit bei der Statutenänderung geschützt bleiben [2].

5.2.1.1. Das statutarische Recht auf Bestellung und Abberufung von Organen

Einem statutarischen Recht eines Dritten auf Bestellung und Abberufung von Organen steht das in Art 698 Abs 2 OR festgehaltene Recht der Generalversammlung zur Wahl der Verwaltung und der Kontrollstelle gegenüber. Das freie und unübertragbare Wahlrecht der Generalversammlung kann in den Statuten nicht eingeschränkt oder sogar ganz aufgehoben werden. Eine entsprechende Statutenbestimmung wäre nichtig und ihr Eintrag müsste vom Handelsregisterführer abgelehnt werden, da sie mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unvereinbar wäre. Dasselbe gilt für Statutenbestimmungen, nach denen die Bestellung oder

1) Oesch, S. 163

2) Tappolet, S. 113

Abberufung von Organen vom Vorschlag oder der Genehmigung eines Dritten abhängig gemacht wird [1].
Die Aufnahme eines verbindlichen Vorschlagsrechtes zugunsten eines Dritten in die Statuten ist somit lediglich dann zulässig, wenn es das Gesetz selbst vorsieht (vgl. Art 708 Abs 4 und 5 OR) [2].

Aus diesem Grunde kann die herrschende Person nur auf dem Wege der Ausübung ihres Stimmrechtes in der Generalversammlung, sei es durch eigene Stimmabgabe (im Falle von Schwestergesellschaften nicht möglich), sei es vermittels Stimmrechtsbindungen, die Zusammensetzung der Verwaltung nach ihrem Willen bestimmen [3].
Damit fällt die Möglichkeit des statutarischen Rechts auf Bestellung und Abberufung von Organen als direkte Bindung zwischen Schwestergesellschaften dahin.

5.2.1.2. Das statutarische Recht auf unmittelbaren Einfluss auf die Geschäftsführung

Die Frage, ob eine Gesellschaft selbst durch Aufnahme entsprechender Statutenbestimmungen ihre Geschäftsführung an die Weisungen oder an die Genehmigung eines Dritten binden kann, ist zu unterscheiden von der unter 4.2.2.2. behandelten Frage, ob sich ein Mitglied der Verwaltung einem Dritten gegenüber rechtsgültig zu einem bestimmten Verhalten in der Gesellschaft verpflichten kann, ohne dass diese

1) vgl. Bürgi N 9 zu Art 706 OR; Caflisch, S. 126; Oesch, S. 164; Siegwart N 209 Einleitung; v. Steiger, W., Holdinggesellschaften, S. 296a; BGE 59 II 282, BGE 66 II 50, BGE 67 I 262 ff

2) Caflisch, S. 126

3) Siegwart N 210 Einleitung

Bindung in den Statuten aufgenommen wird oder dies in einem Vertrag zwischen dem Dritten und der Gesellschaft so bestimmt wird [1].

Auszugehen ist dabei von den zwingenden Vorschriften des Aktienrechts, die verlangen, dass die Verwaltung die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten habe (Art 722 und 754 OR). Geht die Gesellschaft nun aber statutarische Bindungen in Bezug auf die Geschäftsführung ein, so hat sie damit die Verwaltung zu einer Leitung der Geschäfte verpflichtet, die ihrer Sorgfaltspflicht aus Art 722 Abs 1 OR widersprechen kann. Die Gesellschaft selbst kann aber die Verwaltung nicht ihrer Verantwortung den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern gegenüber entheben, denn diese Verantwortlichkeitsbestimmungen sind zwingender Natur. Eine statutarische Bestimmung zu allgemeiner Befolgung von Drittweisungen ist somit widerrechtlich, also nichtig, soweit sie Verpflichtungen zu haftpflichtbegründendem Handeln beinhaltet [2].

Zum gleichen Resultat kommt man, wenn man von der dispositiven Regel von Art 717 Abs 2 OR ausgeht, wonach die Geschäftsführung und Vertretung auf Dritte übertragen werden kann. Denn damit wird noch kein unabänderlicher Zustand geschaffen, da die Generalversammlung oder die Verwaltung stets die Möglichkeit haben müssen, Personen, die ihr Vertrauen verloren haben, von der Geschäftsführung auszuschliessen. Eine vorbehaltlose Verpflichtung der Verwaltung zur Ueberlassung der Geschäftsführungsbefugnis wäre widerrechtlich und deshalb nichtig [3].

---

1) Caflisch, S. 128

2) vgl. Caflisch, S. 128 ff; Picenoni, S. 327; Oesch, S. 164 ff; v. Steiger, W., Holdinggesellschaften, S. 300a; Tappolet, S. 108; BGE 83 II 57

3) vgl. Caflisch, S. 130; Siegwart N 209 ff Einleitung; v. Steiger, W., Holdinggesellschaften, S. 300a; Tappolet, S. 108

5.2.1.3. Das statutarische Recht eines Dritten auf Verfügung über den Reingewinn

Nach Art 698 Abs 2 Ziff 3 OR steht der Generalversammlung als unübertragbare Befugnis zu: die Abnahme der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bilanz sowie die Beschlussfassung über die Verwendung des Reingewinns, insbesondere die Festsetzung der Dividende und des Gewinnanteils der Verwaltung.

Die Generalversammlung kann jedoch nur im Rahmen von Gesetz und Statuten über den Reingewinn frei verfügen, wobei die Statuten die Bildung weiterer Reserven (Art 672 und 673 OR) vorschreiben und über das Ausmass, in welchem der Gewinn unter die Aktionäre verteilt werden soll (Art 660 Abs 1 OR), Bestimmungen aufstellen können. Das bedeutet, dass die Statuten im Rahmen des zwingenden Rechtes über die Verwendung des Reingewinns von vornherein zugunsten eines Aktionärs oder eines Dritten beliebige Bestimmungen aufstellen können, so hinsichtlich der Festsetzung eines Mindestmasses der Dividenden oder der Beteiligung eines Dritten am Reingewinn, die im Rahmen der vorgeschriebenen Gewinnbindung (z. B. Speisung des Reservefonds) bis zur völligen Gewinnabführung gehen kann. Solche Bestimmungen sind nicht als widerrechtlich anzusehen [1].

Voraussetzung des Rechtes eines Dritten auf Verfügung über den Reingewinn ist entweder eine entsprechende Bestimmung in den ursprünglichen Statuten oder aber deren Aufnahme in die Statuten durch eine spätere Statutenrevision. Letztere kann nur mit Zustimmung aller Aktionäre durchgeführt werden, da die Gewinnerzielung (Endzweck der

---

1) vgl. Caflisch, S. 131 f, Oesch, S. 165, v. Steiger, W., Holdinggesellschaften, S. 302a, Tappolet, S. 109 f

Gesellschaft) und der Anspruch auf Dividende wohlerworbene Rechte sind [1].

Betreibt eine Aktiengesellschaft ohne entsprechende statutarische Zwecksetzung eine Geschäftspolitik zugunsten eines Dritten in dem Sinne, dass ihr gesamter Gewinn oder doch ein Grossteil davon abgeführt wird (z. B. durch Verkauf ihrer Leistungen zum Selbstkostenpreis), so bedeutet dies einen Verstoss gegen den statutarischen Endzweck der Gesellschaft und eine Verletzung des generellen Rechts des Aktionärs auf Gewinnerzielung [2].

Soweit durch Statutenbestimmungen eine feste oder variable Quote vom Reingewinn ausgeschieden und Dritten überlassen werden kann, kann auch die Verfügung darüber von den Weisungen des Dritten abhängig gemacht werden, ohne dass dies dem Grundsatz, wonach die Beschlussfassung über die Verwendung des Reingewinns unübertragbare Befugnis der Generalversammlung ist, widerspricht [3].

5.2.1.4. Statutarische Zweckbestimmung zugunsten einer andern Gesellschaft

Eine entsprechende statutarische Zweckbestimmung könnte folgende Vorteile zugunsten einer andern Gesellschaft verankern [4]:

- Die Geschäftsführung der Gesellschaft muss im Interesse der andern Gesellschaft erfolgen.
  Die Sorgfalts- und Treuepflicht der Verwaltung hat sich im

1) vgl. Caflisch, S. 132; Maurer, S. 80; Schluep, Aktionärsrechte, S. 250; Schucany, Aktienrecht, N 1 zu Art 660 OR

2) Bürgi N 14 zu Art 660 OR

3) vgl. Caflisch, S. 132 f; Maurer, S. 80; v. Steiger, W., Holdinggesellschaften, S. 281a

Rahmen der zwingenden Normen (z. B. Bilanzierungsvorschriften) immer am Gesellschaftszweck zu orientieren. Schreibt nun der Gesellschaftszweck die Beachtung der Interessen einer andern Gesellschaft vor, so hat sich die Verwaltung daran zu halten, widrigenfalls sie ihre Pflichten verletzt und der Verantwortlichkeitsklage unterliegt

- Generalversammlungsbeschlüsse, die nicht im Interesse der andern Gesellschaft liegen, sind anfechtbar, da sie gegen die Statuten verstossen. Vorbehalten bleiben nur die zwingenden aktienrechtlichen Vorschriften
- Die Statutenbestimmung gewährt der andern Gesellschaft einen obligatorischen Anspruch auf Durchsetzung ihrer Interessen in der Gesellschaft. Damit entfällt die Notwendigkeit der stimmenmässigen Beherrschung der Generalversammlung.

Der Gültigkeit solcher Statutenbestimmungen steht nichts entgegen, denn der Einfluss auf die Geschäftsführung kann höchstens zum totalen Verzicht auf Gewinnstreben in der abhängigen Gesellschaft führen, womit dieselbe Situation wie bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft, welche gemäss Art 620 Abs 3 OR ausdrücklich erlaubt ist, vorliegt [1].

Die entsprechenden Statutenbestimmungen müssen jedoch in den ursprünglichen Statuten enthalten sein bzw. mit Zustimmung aller Aktionäre in diese aufgenommen werden, da durch die Aufgabe der Gewinnerzielung zugunsten der Aktionäre der Endzweck verändert und das absolut wohlerworbene Recht des Aktionärs auf gewinnstrebige Tätigkeit der Gesellschaft verletzt wird [2].

---

1) Tappolet, S. 112, vgl. Caflisch, S. 131 ff, Maurer, S. 77 ff

2) vgl. Siegwart N 67 zu Art 628 OR, Tappolet, S. 110

Immerhin bedeuten solche Bestimmungen nicht, dass die Gesellschaftsorgane vorbehaltlos die Weisungen der andern Gesellschaft zu befolgen haben. Sie haben wohl im Rahmen des Gesellschaftszweckes zu handeln, der in der Dienstleistung zugunsten der andern Gesellschaft sich erschöpft; aber auch sie bleiben nach wie vor ihrer eigenen Gesellschaft, den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern zu sorgfältigem Handeln verpflichtet. Auch sie haben alle zwingenden aktienrechtlichen Vorschriften einzuhalten [1].

5.2.2. Vertragliche Abhängigkeit

Typische Beispiele vertraglicher (obligatorischer) Abhängigkeit einer Schwestergesellschaft von einer andern stellen einerseits langfristige Liefer- und Abnahmeverträge und anderseits bedeutende Kreditgewährungen dar. Doch sind auch weitere vertragliche Bindungen möglich, die im folgenden unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit und der Vertretungsmacht der Organe näher betrachtet werden. Danach ist ein Kapitel den wichtigsten Formen von Unternehmensverträgen gewidmet.

5.2.2.1. Vertragsfreiheit der Aktiengesellschaft

Der Zweck vertraglicher (wie auch statutarischer) Bindungen besteht allgemein darin, dass die herrschende Person auf Grund des Vertrages die Möglichkeit haben muss, auf die lebenswichtigen Funktionen der Gesellschaft einzuwirken, ihren Willen entscheidend zu bestimmen, die interessenmässige und wirtschaftliche Identität zwischen ihr und der Gesellschaft herbeizuführen [2].

---

1) Caflisch, S. 131

2) Caflisch, S. 134

Was das Verhältnis zwischen statutarischer und vertraglicher Abhängigkeit betrifft, so kann festgestellt werden, dass beide ihre Grenze am zwingenden Aktienrecht finden, das bedeutet, dass der der Parteiautonomie entzogene Bereich, innerhalb dessen die juristische Person nicht an Drittweisungen gebunden werden kann, sowohl bei der statutarischen wie bei der vertraglichen Abhängigkeit derselbe ist [1].

Kann jedoch die Aktiengesellschaft vertragliche Vereinbarungen eingehen, die bloss statutarischen, nicht aber zwingenden aktienrechtlichen Vorschriften entsprechen? Darunter fallen zum Beispiel [2]:

- die Verpflichtung, den gesamten Reingewinn einem Dritten abzuliefern
- die Verpflichtung, die Leistungen der Gesellschaft einem Dritten zum Selbstkostenpreis zu erbringen
- die Verpflichtung, die Gesellschaft vollständig in den Dienst eines Dritten zu stellen.

Grundsätzlich ist dazu zu sagen, dass solche vertragliche Verpflichtungen der Aufnahme in die Statuten bedürfen, da die unübertragbare Befugnis der Generalversammlung zur Beschlussfassung über die Verwendung des Reingewinns verletzt bzw. auf eine gewinnstrebige (wirtschaftliche) Gesellschaftstätigkeit verzichtet wird. Die entsprechenden Statutenänderungen können nur mit Zustimmung aller Aktionäre gefasst werden, weil die Gewinnerzielung (Endzweck der Gesellschaft) und der Anspruch auf Dividende wohlerworbene Rechte der Aktionäre sind.

Verletzt die Verwaltung durch den Vertragsabschluss mit einem Dritten die statutarischen Rechte der Aktionäre, so setzt sie sich der

---

1) vgl. Caflisch, S. 135; Tappolet, S. 115 ff

2) Tappolet, S. 116

Verantwortlichkeitsklage (Art 754 Abs 1 OR) aus: erfüllt sie den Vertrag, so verletzt sie ihre Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft, welche auch die Einhaltung der Statuten verlangt, und macht sich deshalb haftbar. Verweigert die Verwaltung die Vertragserfüllung, so schuldet die Gesellschaft dem Dritten Schadenersatz; für den daraus der Gesellschaft entstandenen Schaden haftet die Verwaltung aus unsorgfältiger Geschäftsführung [1].

5.2.2.2. Vertragsfreiheit und Vertretungsmacht

Nach Art 718 OR ist die Verwaltung befugt, im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Somit stellt sich die Frage, ob das Eingehen solcher vertraglicher Bindungen im Bereiche der Vertretungsmacht liege oder nicht.

Als Grundsatz gilt heute, dass Art 718 OR alle Handlungen deckt, die durch den Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen werden [2]. Als Beispiele für die Ueberschreitung der Vertretungsmacht werden in der Theorie meist nur die Schenkung (soweit es sich nicht um Gelegenheitsgeschenke handelt) und der Verkauf des Geschäftes aufgeführt [3].

Konsequenz dieser extensiven Interpretation der Vertretungsmacht der

---

1) Tappolet, S. 117

2) BGE 95 II 442, 96 II 18, 96 II 439; vgl. auch die Argumentation von Kummer, S. 129 ff, der BGE 96 II 18 kritisiert, in dem das Bundesgericht einen Vertrag zwischen einer Aktiengesellschaft und einem Dritten sanktioniert, worin letzterem gegen eine Bareinlage die Stellung eines Aktionärs sowie die Zuteilung von Aktien aus einer künftigen Kapitalerhöhung versprochen wurden.

3) Bürgi N 5 zu Art 718 OR

Verwaltung ist, dass Verträge, die dem Zweck der Gesellschaft an sich widersprechen, also insbesondere Verträge, wonach eine Gesellschaft ihr Gewinnstreben aufgibt oder sich als blosse Hilfsgesellschaft in einen Konzernverband eingliedert, trotzdem die Gesellschaft zu verpflichten vermögen. Denn solche Verträge werden durch den in den Statuten festgehaltenen Gesellschaftszweck meist nicht geradezu ausgeschlossen.

Schliesst die Verwaltung mit einem Dritten einen Vertrag, der die Gesellschaft zufolge der fehlenden Handlungsfähigkeit nicht zu verpflichten vermag, so kann der Dritte gegen die Verwaltung auf Schadenersatz klagen, sofern auch die übrigen Voraussetzungen, Vorliegen eines Schadens und Verschulden der Verwaltung (Kausalität) gegeben sind. Der Gesellschaft steht es aber auch offen, die vertragliche Bindung zu übernehmen, das heisst, durch Generalversammlungsbeschluss die betreffende Statutenänderung (insbesondere des Zweckartikels) vorzunehmen [1].

5.2.2.3. Formen von Unternehmensverträgen

Im Gegensatz zum deutschem Aktienrecht (Paragraphen 291 f DAktG) kennt das schweizerische Aktienrecht den Tatbestand der Unternehmensverträge nicht. Trotzdem sollen im folgenden einzelne Unternehmensverträge (teilweise in Anlehnung an das deutsche Aktienrecht) näher betrachtet werden:

1) vgl. Tappolet, S. 119

a) Kooperationsverträge

b) Beherrschungsverträge

c) Gewinnabführungsverträge

d) Unternehmenspacht und Betriebüberlassungsverträge.

a) Kooperationsverträge [1]

Obwohl die Kooperationsverträge kaum ausreichen werden, um den eigentlichen Zweck von Unternehmensverträgen, die Bildung eines Konzerns, zu erreichen, sollen sie hier, infolge der auch in der schweizerischen Praxis zunehmenden Bedeutung, ebenfalls behandelt werden.

Dabei versteht man unter dem Sammelbegriff der Kooperationsverträge obligatorische Abreden, welche rechtlich und wirtschaftlich grundsätzlich selbständig bleibende Gesellschaften zur Koordination gewisser Tätigkeitsbereiche eingehen.

Gegenstand von Kooperationsverträgen kann beispielsweise sein:

- Zusammenlegung von Forschung, Einkauf, Vertrieb oder Werbung für einzelne oder alle Sparten der angeschlossenen Gesellschaften
- Zusammenlegung eines Teiltätigkeitsbereiches der Vertragspartner
- gemeinsame Entwicklung, Produktion und Vertrieb eines neuen Produktes.

Kooperationsverträge umfassen also meist nur einzelne Aspekte der Gesellschaftstätigkeit der Vertragspartner, die sich in allen andern Bereichen weiterhin als unabhängige Dritte gegenüberstehen.

---

1) vgl. Caflisch, S. 138 f; Oesch, S. 157 f; v. Steiger, W., Holdinggesellschaften, S. 302a f; Tappolet, S. 120 f

Begriffsgemäss verändern sie grundsätzlich weder die innergesellschaftliche Struktur noch das Gewinnstreben der Kontrahenten.
Als Spezialfall der Kooperationsverträge verlangt einzig die auf einer Gewinngemeinschaft aufgebaute Interessengemeinschaft eine nähere Untersuchung. Kernstück solcher Verträge ist regelmässig die Bestimmung, wonach die Gewinne der beteiligten Gesellschaften zusammengeworfen werden um hernach nach einem bestimmten Schlüssel wieder unter die Vertragsparteien verteilt zu werden.
Solche Gewinngemeinschaften sind mit dem wohlerworbenen Dividendenrecht vereinbar, da sie ja nicht die Gewinnverwendung an sich, sondern bloss die Gewinnerzielung als Modalität der Geschäftsführung regeln. Der Abschluss von Gewinngemeinschaftsverträgen durch die Verwaltung ist deshalb ohne besondere statutarische Vorschriften möglich.

b) Beherrschungsverträge [1)]

In einem Beherrschungsvertrag unterstellt eine Gesellschaft die Leitung ihres Unternehmens einer andern Gesellschaft.
Solche Verträge sind zulässig, verlangen jedoch eine entsprechende Fassung des Zweckartikels der abhängigen Gesellschaft, indem z. B. anschliessend an die Umschreibung des Geschäftsbereiches der Gesellschaft der Passus "im Interesse der XY Gesellschaft" eingefügt wird. Die Aenderung des Gesellschaftszweckes bedarf der Einstimmigkeit der Aktionäre, da damit gleichzeitig auch das absolut wohlerworbene Recht auf eine gewinnstrebende Gesellschaftstätigkeit zumindest potentiell aufgegeben wird (vgl. 5.2.1.4.).

---

1) vgl. Oesch, S. 155; Tappolet, S. 121; Paragraph 291 DAktG

c) Gewinnabführungsverträge [1]

Im Gewinnabführungsvertrag, der meist in Verbindung mit einem Beherrschungsvertrag vorkommt, überlässt eine Gesellschaft ihren erwirtschafteten Gewinn einer andern Gesellschaft.
Im Gegensatz zur Gewinngemeinschaft (vgl. a) betrifft der Gewinnabführungsvertrag die Gewinnverwendung: die den Gewinn abliefernde Gesellschaft wird zu einer Gesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Zweck, was eine einstimmige Statutenänderung erfordert.

d) Unternehmenspacht und Betriebsüberlassungsverträge [2]

Gemeinsam ist sowohl der Unternehmenspacht als auch dem Betriebsüberlassungsvertrag, dass die Eigentümergesellschaft den Betrieb ihres Unternehmens (also die Organisation und die Art und Weise der wirtschaftlichen Tätigkeit) gegen Entgelt einem Dritten zur Führung auf eigene Rechnung überlässt. Der Unterschied zwischen Unternehmenspacht und Betriebsüberlassungsvertrag besteht darin, dass das Unternehmen bei ersterer im Namen der übernehmenden Gesellschaft und bei der zweiten weiterhin im Namen der Eigentümergesellschaft betrieben wird. Auch handelt es sich bei der Pacht um ein gesetzlich ausgestaltetes und im Einzelnen festgelegtes Institut, während die Betriebsüberlassung durch die Praxis auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit entwickelt wurde und deshalb freierer Ausgestaltung zugänglich ist. Aktienrechtlich bedeutet die Verpachtung bzw. die Betriebsüberlassung eine Aenderung des Gesellschaftszweckes und verlangt deshalb gemäss Art 648 Abs 1 OR die Zustimmung von zwei Dritteilen des Grundkapitals. Vertragsschliessendes Organ ist hingegen die Verwaltung.

---

1) vgl. Caflisch, S. 138; Maurer, S. 80 ff; Oesch, S. 157; v. Steiger, W., Holdinggesellschaften, S. 302a f; Tappolet, S. 122

2) vgl. Klingler, S. 10 ff; Oesch, S. 159 ff; Tappolet, S. 122 f; Paragraph 292 DAktG

6. Die Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine bestehende Aktiengesellschaft

Wird eine Aktiengesellschaft aufgespalten, so kann der abgespaltene Teil nicht nur durch eine neu zu gründende Tochter- oder Schwestergesellschaft (vgl. 4. und 5.), sondern auch durch eine bestehende Aktiengesellschaft übernommen werden, sei dies

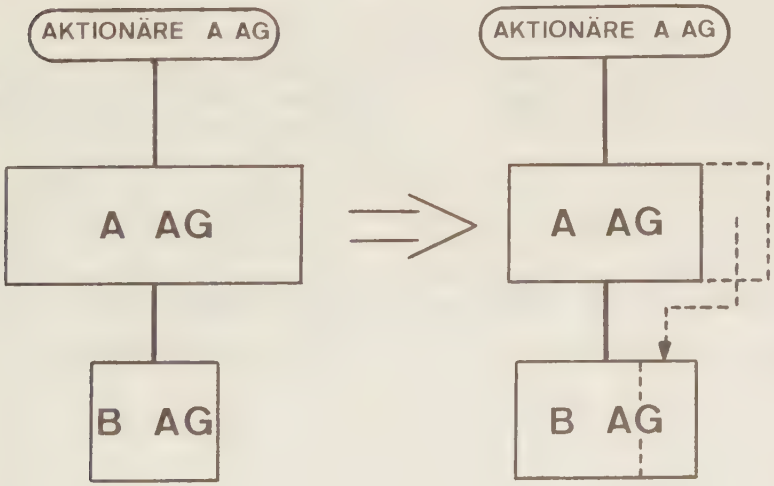
a) eine bestehende Tochtergesellschaft

b) eine bestehende Schwestergesellschaft

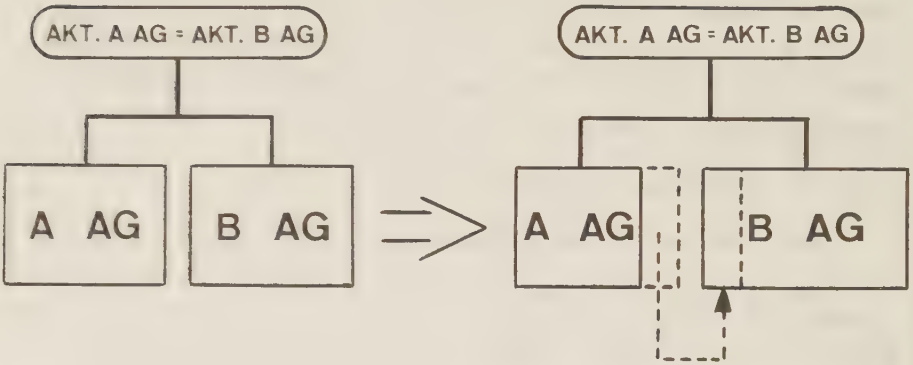
c) eine bestehende Drittgesellschaft.

Bildlich lassen sich diese Möglichkeiten wie folgt darstellen:

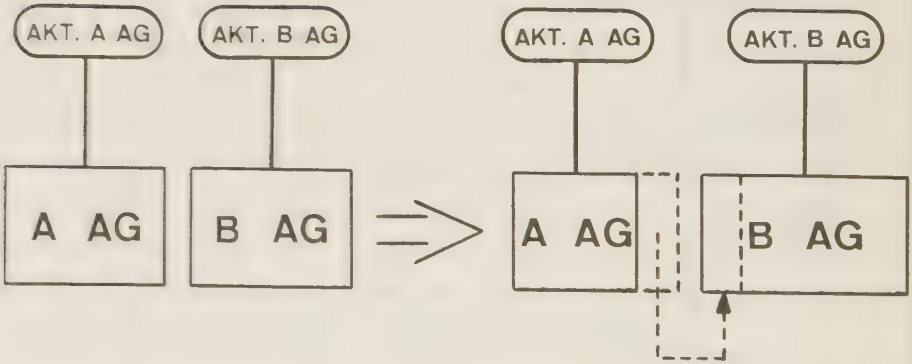
a) Uebernahme durch eine bestehende Tochtergesellschaft



b) Uebernahme durch eine bestehende Schwestergesellschaft



c) Uebernahme durch eine bestehende Drittgesellschaft



Aus der Sicht der den abgespaltenen Teil übernehmenden Gesellschaft (B AG) erfolgt der Erwerb dieses Teils entweder durch eine Sacheinlage- oder Sachübernahmekapitalerhöhung (vgl. 3.1.2.) oder aber durch einen Kauf ohne Kapitalerhöhung.

Da die Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine bestehende Aktiengesellschaft nicht dem Spaltungs - Tatbestand, wie er in der Einleitung umschrieben wurde, entspricht, soll hier nur noch kurz die Durchführung einer solchen Spaltung besprochen werden.

6.1. Durchführung

Die Durchführung der Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine bestehende Aktiengesellschaft kann erfolgen:

- bei der aufzuspaltenden Gesellschaft:
  - mit Kapitalherabsetzung (wegen Weiterleitung der Gegenleistung an die Aktionäre)
  - ohne Kapitalherabsetzung
- bei der den abgespaltenen Teil übernehmenden Gesellschaft:
  - mit Kapitalerhöhung
  - ohne Kapitalerhöhung.

6.1.1. Bei der aufzuspaltenden Gesellschaft

Sobald feststeht, welche Aktiven und Passiven abgespalten und an welche Gesellschaft diese übertragen werden sollen, kann die Verwaltung der aufzuspaltenden Aktiengesellschaft einerseits beginnen, den Uebernahmevertrag zu entwerfen und anderseits entscheiden, ob die Abspaltung eine Kapitalherabsetzung notwendig macht oder nicht.

Dieser Entscheid ist insbesondere davon abhängig, in welcher Form das Entgelt für den abgespaltenen Teil von der übernehmenden Gesellschaft erbracht wird. Besteht das Entgelt aus einer Barleistung oder aus der Einräumung eines entsprechenden Forderungsrechtes, so wird eine Kapitalherabsetzung regelmässig nicht durchgeführt werden müssen. Doch kann eine solche z. B. notwendig sein, wenn im Uebernahmevertrag als Gegenleistung die Gewährung von Mitgliedschaftsrechten abgemacht wird, die direkt oder indirekt an die Aktionäre der aufzuspaltenden Gesellschaft ausgehändigt werden (Kapitalherabsetzung wegen Weiterleitung der Gegenleistung an die Aktionäre).

Zum Abschlusse des Uebernahmevertrages ist grundsätzlich die Verwaltung zuständig, der jedoch das Recht zusteht, den Vertrag der Generalversammlung zur Genehmigung vorzulegen (vgl. dazu 4.2.1.3.). Jedenfalls notwendig ist ein Generalversammlungsbeschluss bloss, wenn der Uebernahmevertrag mit einer Kapitalherabsetzung verbunden ist (Art 732 Abs 1 OR).

6.1.2. Bei der übernehmenden Gesellschaft

Wie bei der aufzuspaltenden ist auch bei der übernehmenden Aktiengesellschaft grundsätzlich die Verwaltung für den Abschluss des Uebernahmevertrages zuständig (vgl. 4.2.1.3.). Doch wird es häufig so sein, dass die übernehmende Aktiengesellschaft zur Erbringung der Gegenleistung zusätzlicher Kapitalien oder Mitgliedschaftsrechte bedarf, die durch eine Kapitalerhöhung beschafft werden müssen. In diesem Falle ist ein Beschluss der Generalversammlung notwendig. Dieser wird - vorbehältlich anderslautender statutarischer Bestimmungen - mit dem absoluten Mehr der vertretenen Aktienstimmen gefasst. Handelt es sich um eine Sacheinlage- oder Sachübernahmekapitalerhöhung, so ist Art 636 OR zu beachten, der die betreffenden Statutenbestimmungen einer besonderen Beschlussfassung unterstellt, die mindestens die Stimmen von zwei Dritteilen des gesamten Grundkapitals auf sich vereinigen muss (vgl. 3.1.2.).

Schliesst die Verwaltung der übernehmenden Gesellschaft den Uebernahmevertrag vor einem allfällig notwendigen Generalversammlungsbeschluss ab, so ist dessen Gültigkeit bis zur Genehmigung durch die Generalversammlung suspensiv bedingt.

Der Erwerb des zu übernehmenden Teils der aufzuspaltenden Aktiengesellschaft erfolgt gemäss 3.6., das heisst, die einzelnen Bestandteile des Vermögens sind in der ihnen entsprechenden Form zu übertragen.

D. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

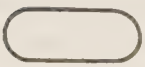
Zusammenfassend sollen hier die verschiedenen Grundformen der Spaltung von Aktiengesellschaften, wie sie in den vorangehenden Kapiteln beschrieben wurden, zeichnerisch dargestellt werden. Dabei soll aus den Zeichnungen insbesondere hervorgehen, welche Aenderungen die Eigentumsverhältnisse erfahren.

Verwendete Signaturen:

Bestehende Aktiengesellschaft

Neu zu gründende Aktiengesellschaft

Abzuspaltender Teil einer Aktiengesellschaft



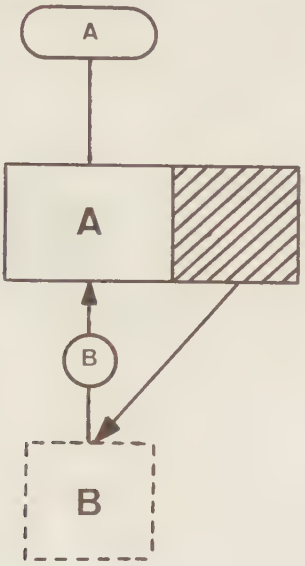
Aktionär(e)

Aktien

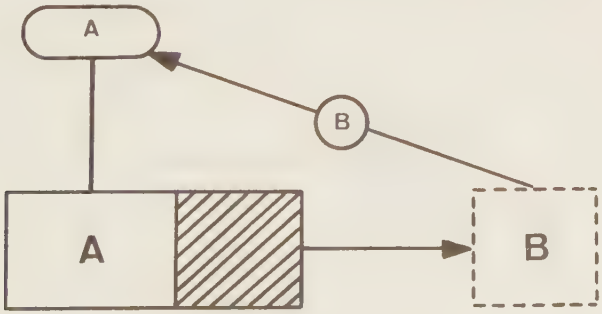
Aktien, Barleistung oder Einräumung eines Forderungsrechtes

Ablauf des Eigentums

a) Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Tochtergesellschaft

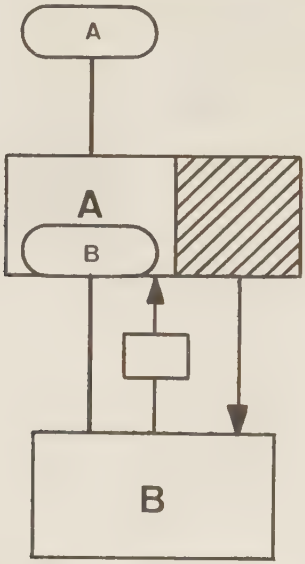


b) Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine neu zu gründende Schwestergesellschaft (Situation nach der Durchführung)

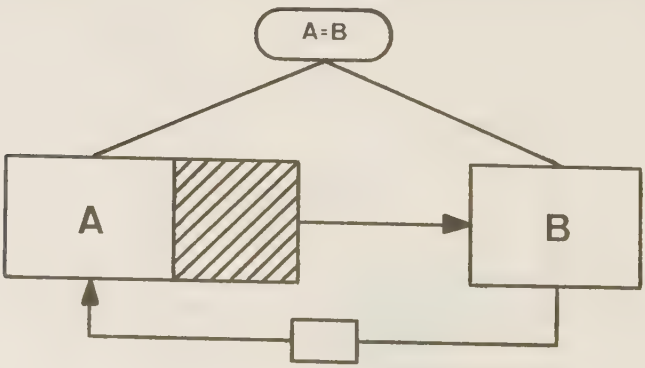


c) Spaltung von Aktiengesellschaften mit Uebernahme des abgespaltenen Teils durch eine bestehende Aktiengesellschaft

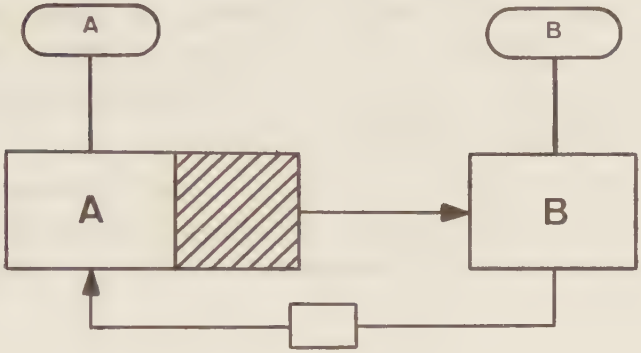
c1) Uebernahme durch eine bestehende Tochtergesellschaft



c2) Uebernahme durch eine bestehende Schwestergesellschaft



c3) Uebernahme durch eine bestehende Drittgesellschaft



Die Darstellung dieser möglichen Grundformen der Spaltung von Aktiengesellschaften sowie deren Behandlung in den vorangehenden Kapiteln zeigen die Komplexität, die dieser Tatbestand aus handelsrechtlicher und wirtschaftlicher Sicht aufweist.

Dennoch scheint sich auf Grund der vorliegenden Arbeit zu ergeben, dass die meisten damit verbundenen Probleme unter Zuhilfenahme der bestehenden aktienrechtlichen Vorschriften sowie unter Berücksichtigung der konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse zufriedenstellend gelöst werden können.

Soweit eine abschliessende Beantwortung gewisser juristischer Einzelfragen nicht möglich ist, so ist dazu zu bemerken, dass dies nicht spezifische Fragen der Spaltung von Aktiengesellschaften sind, sondern vielmehr Fragen, die sich aus der Abweichung der wirtschaftlichen Realität von den Leitgedanken, die zum heutigen Aktienrecht geführt haben, ergeben (Konzernierung, statutarische und vertragliche Abhängigkeit, Einmann- und Strohmanngesellschaft).

Werden diese Probleme bei der Aktienrechtsreform gebührend berücksichtigt, so erübrigt es sich meines Erachtens, besondere Artikel über die Spaltung von Aktiengesellschaften in das Gesetz aufzunehmen.